Ч. отд. т. 147 к-2

Ex libris Aberg. 1892

<36625471120013 S

<36625471120013

Bayer. Staatsbibliothek

Versuch
einer
ausführlichen
systematischen Erläuterung
der Lehre
vom
Concurs
der Gläubiger

von

Christoph Christian Dabelow,
der Rechte Doctor und Professor
zu Halle.

Zweyter Theil.

Halle,
bei Hemmerde und Schwetschke,
1792.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Bey dem zweyten Theil meines Versuchs ꝛc. den ich hiemit dem Publicum übergebe, bin ich sowohl meinem vorigen Plan als der Ausführungsart im Ganzen treu geblieben. Ich gedachte anfänglich das ganze Werk in zwey Bänden zu beendigen, allein die Reichhaltigkeit der Materie ließ solches nicht zu, ob ich gleich sorgfältig alles nicht zur Sache gehörige abzusondern bemühet gewesen bin. Der dritte Theil, welcher nächstens nachfolgen, und zugleich eine Abweichung der vorzüglichsten statutarischen Rechte in Deutschland von dem gemeinen Recht in einem Anhange enthalten wird, soll das Werk gewiß beschließen, wenn nicht ein competenter Richter die Forderung der Verlagsbuchhandlung, den Concursproceß noch besonders zu bearbeiten, etwa annehmlich finden sollte.

In diesem Theile liegen übrigens diejenigen Lehrsätze wiederum zum Grunde, welche ich in dem ersten Hauptstück des vorigen Theils aufgestellt habe, und daher kommen die verschiedenen abweichenden Entscheidungen in dem vierten und fünften Hauptstück. Bey dem fünften Hauptstück bin ich übrigens größtentheils der vortrefflichen Abhandlung des Herrn von Trützschler gefolgt,

folgt, ob ich gleich mich häufig zum Widerspruch genöthigt sah. Bey dem sechsten Hauptstück liegt im Aeußern die Gmelinsche Ordnung der Gläubiger zum Grunde, in Ansehung der Ausführung aber fand ich mich genöthigt, sehr häufig andere Lehrsätze anzunehmen, deren Prüfung ich meinem künftigen Richter überlassen muß. Schwer bleibt es allemahl hier etwas ganz gewisses aufzustellen, und auch mir wird es daher nie nachtheilig seyn können, wenn ich eines oder des andern Irrthums mich bezüchtiget sehen sollte.

In dem Werke selbst sind einige kleine Unrichtigkeiten vorgefallen, welche ich in einem Nachtrage zu verbessern bemühet gewesen bin, und den Leser daher auf denselben aufmerksam machen muß. Ich habe auch hier die bey der Ausarbeitung übersehene Litteratur gehörigen Orts eingeschaltet.

Ich fand für nöthig, dem sechsten Hauptstück zu desto geschwinderer Uebersicht einen Grundriß der Ordnung der Gläubiger anzuhängen, und dabey die Stellen des Buchs selbst anzuführen, worin die weitere Ausführung angetroffen wird. Ein vollständiges Register über das ganze Werk wird ohnehin dem dritten Theile noch hinzugefügt werden. Halle den 1. Oct. 1792.

Vier-

Viertes Hauptstück.

Von dem Compensations- und Retentions-Recht beym Concurse der Gläubiger.

§. 128.

Einleitung.

In dem ersten Hauptstück §. 39. ist gezeigt worden, wie durch den Eintritt des Concurses die Rechte aller Gläubiger in soferne gleich gemacht werden, daß keiner von ihnen, so lange als der Richter noch nicht über die Vorzüge ihrer Forderungen unter einander entschieden hat, seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erlangen kann, indem das durch den Concurs allgemein, und unter den Ansprüchen aller Gläubiger hervorgebrachte Verhältniß, seine Absindung auf keinem andern Wege mehr erlaubt. Gleichergestalt ist auch an dem angeführten Orte von uns erwiesen worden, daß vermöge der activen Repräsentation, die Gläubiger, oder vielmehr der im Namen der ganzen Gläubigerschaft handelnde Gütervertreter, dasjenige einzufordern berechtiget sind, was der Gemeinschuldner noch von jemanden zu fordern hatte, um solches der Concurs-Masse beylegen zu können. Ist also einer von den Concurs-Gläubigern dem Gemeinschuldner ebenfalls mit etwas verhaftet, oder besitzt etwas von dem Vermögen des

Schuldners, so kann der Gütervertreter nach jenen Grundsätzen, solches von ihm beytreiben und verlangen, daß er es zur Concurs-Masse respective heimzahlen, und einliefern, und wegen seiner Ansprüche an den Schuldner abwarten solle, welchen Platz ihm dereinst der Concurs-Richter anweisen wird, und ob das schuldnerische Vermögen sodann dazu hinreichend ist, daß auch er daraus befriediget werden kann [65]).

Aber wie! wenn nun die Erfordernisse vorhanden sind, welche einen solchen Gläubiger sonst zur Ausübung des Compensations- und Retentions Rechts berechtigen, kann er da nicht davon auch beym Concurse Gebrauch machen, und mittelst Vorschützung desselben die Gefahren des Concurses von sich ablehnen? — Ich darf hier wol nicht erst mit vielen Worten beweisen, wie vortheilhaft beyde Gerechtsame, wegen der Wirkungen, die sie mit sich führen, für den Gläubiger sind. Denn beruft sich der Gläubiger, wenn der Gütervertreter das, womit er dem Gemeinschuldner verhaftet ist, von ihm beytreiben will, auf eine vorgegangene Compensation, und erweist die gesetzlichen Erfordernisse derselben, so bezahlt er, so weit die Compensation reicht, nicht an die Concurs-Masse, und hat auch in so ferne, wegen seiner Forderung an den Gemeinschuldner nichts zu befürchten. Und eben so sehr sichert er seine Ansprüche, durch die Ausübung des Retentions-Rechts, wenn die rechtlichen Requisite dazu vorhanden sind, indem er vermöge desselben, die Sache, welche er von dem Schuldner besitzt, so lange zurückbehalten kann, bis er wegen seiner Ansprüche aus der Concurs-Masse befriediget ist; ja! nach der verschiedenen Gattung des Retentions-Rechts sich am Ende wol gar aus dieser Sache selbst seine Befriedigung zu verschaffen vermag. Welche Vortheile gewähren ihm also beyde Gerechtsame, ohne deren Gebrauch es sich häufig zutragen kann, daß er auf das Verlangen des

Güter-

Gütervertreters das, womit er dem Gemeinschuldner verhaftet ist, an die Concurs-Masse entrichten, oder wenn er von dessen Gütern etwas besitzt, an dieselbe einliefern muß, und nun vielleicht hernach in der Locations-Sentenz einen Platz angewiesen erhält, wo er wegen seiner Forderungen an den Gemeinschuldner, entweder gar nicht, oder doch nur zum Theil befriediget werden kann, da er doch auf dem angegebenen Wege vielleicht das Ganze zu erhalten im Stande gewesen wäre.

Die vorgelegte Frage läßt sich nicht allgemein, und so beantworten, daß das, was von dem Compensations-Recht gilt, auch zugleich von dem Retentions-Recht gelten könnte. Zwischen beyden Gerechtsamen ist nicht nur an und für sich selbst schon ein wesentlicher Unterschied vorhanden, sondern die besonderen Verhältnisse, welche beym Concurse hinzutreten, bewirken es noch mehr, daß das, was vom Compensations-Recht gilt, nicht im ganzen Umfange auf das Retentions-Recht, und so umgekehrt angewendet werden kann. Wir müssen daher bey der Beantwortung dieser Frage unsere Untersuchung theilen, und wollen solche zuvörderst auf das Compensations-Recht, und hernach auf das Retentions-Recht beym Concurse richten.

65) Da, wie die Einleitung zeigt, diese Lehre mit dem ersten Hauptstück des vorigen Theils in einer genauen Verbindung steht, so möchte es manchem scheinen, daß sie dorten ebenfalls besser ihren Platz gefunden haben würde, als in einem besondern Hauptstück. Allein der Grund, warum ihr ein besonderes Hauptstück gewidmet werden mußte, war dieser, weil damit andere Puncte in Verbindung stehen, welche oben nicht schicklich mit abgehandelt werden konnten, wol aber unter der so allgemeinen Rubrik dieses Hauptstücks gefaßt werden können; mir es auch sehr darum zu thun war, alles, was die Ausübung des Compensations- und Retentions-Rechts bey Concursen anbetrifft, neben einander zu stellen, damit man so das Ganze besser und leichter übersehen könne.

§. 129.

A) Vom Compensations-Recht beym Concurse der Gläubiger.

Die Frage: kann ein Concurs-Gläubiger sich beym Concurse überhaupt, und in wie ferne auf eine vorgegangene Compensation berufen, wenn der im Namen der ganzen Gläubigerschaft handelnde Gütervertreter das, womit er dem Schuldner verhaftet ist, von ihm abfordert? setzt die Grundsätze von der Compensation überhaupt voraus, daher ich davon zu desto mehrerer Deutlichkeit das Nöthige voraufgehen lassen will.

Unter Compensation versteht man die Aufhebung einer wechselseitigen Schuldforderung, welche ipso Iure geschieht [66]). Wechselseitige Schuldforderungen erlöschen von dem Augenblick an gegen einander, entweder ganz oder zum Theil, wo sie von beyden Theilen exigibel werden. Si constat, verordnet der Kaiser Alexander im *L.* 4. *C. de Compensat.* pecuniam invicem deberi: ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet EX EO TEMPORE, EX QUO AB UTRAQUE PARTE DEBETUR, utique quoad *concurrentes quantitates* etc. Die Worte — ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur beziehen sich hier nicht auf die Zeit, wo beyde Schuldforderungen entstanden, sondern auf die Zeit, wo sie von beyden Theilen gefordert werden konnten. Jemand, von dem ein anderer den Abtrag einer Schuldforderung verlangt, welcher ihm ebenfalls schuldiget, kann denselben, mittelst Entgegensetzung der Ausflucht der Compensation, wenn solche wirklich vorhanden ist, entweder ganz, oder wenigstens soweit, als solche zureicht, sogleich zurückweisen. Unusquisque, lehrt Julian im *L.* 2. *D. de Compensat.* creditorem suum, eundemque debitorem *summovet*,

vet, si paratus est compensare. Weil bey der Ausflucht der Compensation der belangte Schuldner, statt der wirklichen Zahlungsleistung seinem klagenden Gläubiger dasjenige substituirt, womit ihm dieser verhaftet ist, und dadurch bewirkt, daß die Forderung, weswegen ihn dieser in Anspruch nimmt, als getilgt angesehen wird, so wird sie auch von angesehenen Rechtslehrern [67]) zu der Zahlungsleistung in der weitesten Bedeutung dieses Worts gerechnet. Die Gesetze hatten bey ihrer Einführung die Absicht, theils unnöthige Weiterungen zu verhüten, theils den Nutzen des Beklagten zu befördern. Das letztere zeigt Pomponius deutlich, wenn er im *L.* 3. *D. de Compensat.* sagt: ideo compensatio necessaria est, quia *interest nostra* potius *non solvere*, quam *solutum repetere.*

Erlauben also gleich die Gesetze einem belangten Schuldner, wenn ihm der Gläubiger wiederum etwas schuldig ist, sich von der wirklichen Zahlungsleistung, durch die Ausflucht der Compensation, entweder ganz, oder zum Theil, nach den verschiedenen Umständen, und der Lage der Sache, zu befreyen, so versteht sich doch dieses nur unter der Einschränkung, wenn nemlich diejenigen Erfordernisse vorhanden sind, welche ebenfalls von den Gesetzen als nothwendig zur Ausflucht der Compensation angegeben werden. Es wird nöthig seyn, diese Erfordernisse hier im kurzen zu entwickeln, weil wir uns hernach bey unserer Entscheidung darauf berufen, und solche zum Grunde legen müssen.

Die Gesetze erfordern dazu, daß eine Forderung zur Compensation gebracht werden könne: 1) daß solche liquid seyn muß, das heißt, wo nicht nur der Grund der Forderung selbst, sondern auch die Größe, und die Eigenschaft derselben hinlänglich dargethan werden kann. Jedoch ist dieses nicht so zu verstehen, als wenn diejenige Schuldforderung, welche zur Compensation gebracht wird,

jetzt schon, da die Ausflucht der Compensation dem klagenden Gläubiger entgegengesetzt wird, völlig liquid seyn müste, sondern es wird nur darunter so viel verstanden, daß sie ohne viele Weitschweifigkeit liquid gemacht werden kann. Deutlich bestätiget dies Justinian im *L. ult. §. 1. C. de Compensationib.* wenn er sagt: Ita tamen compensationes obiici jubemus, si CAUSA ex qua compensatur, LIQUIDA SIT, et NON MULTIS AMBAGIBUS INNODATA, sed possit judici FACILEM EXITUM SUI praestare und ist daher das Sprüchwort: Geld vor, Recht nach, oder die Regel: liquidi cum illiquido nulla est Compensatio [68]), immer unter der Einschränkung zu verstehen, wenn die Liquidmachung der zur Compensation gebrachten Forderung vielen Schwierigkeiten unterworfen ist. Ferner 2) ist dazu, daß die Ausflucht der Compensation mit Nachdruck gebraucht werden kann, nöthig, daß die Forderung, welche zur Compensation gebracht wird, eine solche sey, welche der Forderung, die der klagende Gläubiger macht, substituirt werden kann, sie möge ihr nun ganz, oder nur zum Theil substituirt werden können [69]) — ein Umstand, der von der größten Wichtigkeit ist, und bey jedem Compensations=Fall genau berücksichtiget werden muß. 3) Substituirt kann aber die zur Compensation gebrachte Forderung alsdann derjenigen, welche gefordert wird, werden, wenn der Gegenstand beyderseitiger Leistungen nicht nur überhaupt, sondern auch nach seiner besondern Eigenschaft völlig gleich ist [70]). 4) Muß auch die zur Compensation gebrachte Forderung ebenfalls exigibel seyn [71]), und endlich 5) eine eigene Forderung des Schuldners seyn, welcher sie zur Compensation bringen will. Forderungen, die ein Dritter an den klagenden Gläubiger macht, können zur Compensation nicht vorgeschützt werden,

den, es wäre denn, daß der belangte Schuldner mit dem Dritten eine Person ausmachte [72]).

Sind diese gesetzlichen Erfordernisse vorhanden, so kann eine Schuldforderung zur Compensation gebracht werden, sie sey von welcher Art und Weise sie wolle [73]), es wäre denn, daß aus gewissen Ursachen die Gesetze solches untersagten [74]), oder der Gläubiger selbige sogleich durch eine peremtorische Einrede zu zernichten im Stande wäre [75]).

66) *L.* 1. *D. de Compensat.* zusammengehalten mit §. 30. *I. de action.* und *L. ult. C. de Compensat.* Vergleiche auch *Fried.* HOHEISEL fundamenta Compensationis a priori demonstrata. *Halae* 1739.

67) *Dan.* NETTELBLADT syst. element. Iurisprudent. positivae Germanor. communis generalis §. 339.

68) *Ioh. Tob.* CARRACH de brocardico: illiquidi cum liquido nulla est compensatio. *Halae* 1741.

69) In solchem Fall geschieht die Compensation usque ad summam concurrentem.

70) Aus diesem Grunde kann kein Factum mit einem Factum, keine Species mit einer Species, kein Genus mit einem Genus compensirt werden, es wäre denn, daß das Debitum generis, welches zur Compensation gebracht werden soll, mit dem debito generis, welchem es entgegengesetzt wird, von gleichem Geschlechte und völlig gleicher Eigenschaft wäre.

71) Deutlich bestätiget dieses Ulpian im *L. 7. D. de Compensation.* wo es heißt: quod in diem debetur, *non compensabitur*, *antequam dies venit*, quamquam dari oporteat.

72) *L. 9. C. de Compensation. L.* 18. *D. eod. Ulric.* HUBER in prael. Iur. Civil. *Lib.* 16. *T. II. §.* 9. *Wolffg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. theoret. practic. *L.* 16. *T. II. §.* 9.

73) *L.* 6. *D. de Compensat.* etiam quod *naturæ* debetur, venit in compensationem.

74) *L. ult. C. de Compensat.*

75) *L.* 14. *D. de Compensat.*

§. 130.

Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt, schreiten wir nun zur Untersuchung der zu Anfang des vorigen Paragraphen vorgelegten Frage selbst. Diese läßt sich nicht so allgemein beantworten, als sie aufgeworfen ist, sondern man muß dabey auf die verschiedenen Fälle Rücksicht nehmen, in welchen beym Concurse die Zulässigkeit der Ausflucht der Compensation zur Frage kommen kann.

Erster Fall: Wenn die wechselseitigen Schuldforderungen vor entstandenem Concurse bereits vorhanden gewesen sind. Z. B. wenn der Gemeinschuldner, ehe noch der Concurs ausbrach, von dem Cajus 100 Reichsthaler geliehen hatte, und Cajus ihm hernach wiederum 100 Reichsthaler schuldig geworden war; kann hier Cajus, wenn er nach ausgebrochenem Concurse, von dem Gütervertreter auf die Bezahlung der 100 Reichsthaler, mit welchen er dem Gemeinschuldner verhaftet ist, belangt wird, demselben die Ausflucht der Compensation entgegensetzen und sich von der wirklichen Zahlung dadurch befreyen? Es versteht sich von selbst, daß ich hier voraussetze, es sind alle obenerwähnte Erfordernisse vorhanden, daß die Forderung zur Compensation gebracht werden kann [76]).

David Mevius [77]) will hier die Ausflucht der Compensation durchaus nicht anders zulässig finden, als wenn der Gemeinschuldner und Concurs-Gläubiger vor dem Ausbruch des Concurses, wechselseitig ihre Einwilligung zu compensiren erklärt haben — ein Einfall, der geradezu den Gesetzen entgegen ist, nach welchen ohne alle wechselseitige Einwilligung die Compensation ipso iure geschieht, — nach welchen ferner, sobald eine Compensation vorgegangen ist, es lediglich der Willkühr des belangten Schuldners anheim gestellet

stellet wird, ob er solche zur Ausflucht nehmen, oder wirklich Zahlung leisten will [78]). Salgado de Samoza [79]) läßt zwar die Ausflucht der Compensation zu, jedoch nur alsdann, wenn ein mehr bevorzügter Gläubiger als der compensirende nicht darunter Schaden leidet. Die angesehensten neueren Rechtslehrer lassen hingegen ohne allen Unterschied die Ausflucht der Compensation zu, sobald nur bewiesen werden kann, daß vor entstandenem Concurse die wechselseitige Forderung wirklich vorhanden gewesen ist [80]).

Ich unterscheide mit Johann Linde [81]): ob die wechselseitige vor entstandenem Concurse vorhandene Schuldforderung, auch ehe noch der Concurs ausbrach, von beyden Theilen exigibel war, oder ob sie solches erst nach entstandenem Concurse geworden ist. Im ersten Fall muß allerdings der Gläubiger mit der Ausflucht der Compensation gehört werden, wenn er dem ihn belangenden Gütervertreter solche entgegensetzt. Denn wenn 1) die wechselseitige vor entstandenem Concurse vorhandene Schuldforderung auch vor dem Eintritt des Concurses exigibel war, so wurden beyde Forderungen ja ipso iure und vor dem Einbruch des Concurses gegen einander aufgehoben, mithin belangt der Gütervertreter den Gläubiger wegen einer nicht mehr vorhandenen Schuld. Daß aber die Compensation gültig eintreten konnte, leidet um so minder einen Zweifel, als zu der Zeit, wo sie sich ereignete, noch kein Concurs-Verhältniß vorhanden war, welches dieselbe hätte behindern können, mithin es hier nach den allgemeinen Grundsätzen von der Compensation gehen muß. So wenig als der Gütervertreter in der Regel eine dem Gläubiger vor entstandenem Concurse von dem Schuldner geleistete Zahlung zurückfordern kann, eben so wenig kann er hier von demselben eine durch die Compensation getilgte Forderung beytreiben. Es

können auch 2) wie Salgado de Samoza glaubt, die noch so sehr bevorzügten Gläubiger die Zulässigkeit der Ausflucht der Compensation nicht behindern, weil überhaupt die Vorzüge ihrer Forderungen, worauf sie sich doch begründen müßten, der vor entstandenem Concurse eingetretenen Compensation nicht entgegenstehen und solche aufhalten können. Denn so ist ja oben von uns hinlänglich erwiesen worden, daß der Schuldner vor entstandenem Concurse jedem Gläubiger, so lange als er sich nur keiner Gratification schuldig macht, gültig Zahlung leisten kann, und nicht auf die Vorzüge der Gläubiger Rücksicht zu nehmen nöthig hat, sondern diese nur alsdann in Betrachtung kommen können, wenn das schuldnerische Vermögen zur Abfindung aller seiner Gläubiger unzureichend ist. Können also die noch so sehr bevorzügten Gläubiger, eine vor entstandenem Concurse geleistete Zahlung nicht anfechten, so ist wol nichts richtiger, als der Schluß, daß sie eben so wenig eine vor entstandenem Concurse geschehene Compensation anzufechten berechtiget sind. Denn der vom Gütervertreter belangte, und sich der Ausflucht der Compensation bedienende Gläubiger, führt ja hier zu seiner Vertheidigung eine Aufhebung der wechselseitigen Schuldforderung an, welche vor dem Entstehen des Concurses ipso iure geschehen ist.

Ist hingegen im **zweyten Fall** die wechselseitige Schuldforderung erst nach entstandenem Concurse exigibel geworden, oder auch nur eine davon, so darf der Gläubiger nicht mit der Ausflucht der Compensation gehört werden, sondern er muß das, was er dem Gemeinschuldner schuldiget, an die Gütermasse zahlen, und wegen seiner Forderung sich in den Concurs einmischen, und classificiren lassen [82]). Ich beweise diesen Satz folgendergestalt: 1) wechselseitige Schuldforderungen werden

den nicht eher durch die Compensation gegen einander aufgehoben, als bis sie beyde exigibel sind. Quod in diem debetur, lehrt Ulpian im *L.* 7. *D. de Compensat.* *non compensabitur, antequam dies venit*, quanquam dari oporteat [83]), und eben dieses wiederhohlt der Kaiser Alexander im *L.* 4. *C. de compensat.* in den Worten: si constat pecuniam invicem deberi: ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet *ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.* Hieraus folgt, daß in dem unterstellten Fall die Compensation nicht eher, als nach dem Ausbruch des Concurses eintreten konnte, wenn auch gleich beyde Forderungen schon vor entstandenem Concurse vorhanden waren. Nun aber hindert 2) das durch den Concurs unter den Ansprüchen aller Gläubiger hervorgebrachte Verhältniß, daß die Compensation nicht mehr geschehen kann, mithin schützt der belangte Gläubiger etwas zur Einrede vor, was nicht vorhanden ist, und womit er also nicht gehört werden darf.

Aber warum kann denn die Compensation nach entstandenem Concurse nicht mehr eintreten? Verordnen doch die Gesetze gradezu, und ohne alle Einschränkung, daß wechselseitige Schuldforderungen sogleich, als sie von beiden Theilen exigibel werden, ipso iure erlöschen sollen? — Ein allerdings sehr scheinbarer Einwurf, der aber, wenn man alles gehörig erwägt, sich in sein voriges Nichts verliert. Verordnen gleich die Gesetze ganz allgemein, daß durch die Compensation wechselseitige Schuldforderungen sogleich, als sie von beiden Theilen exigibel werden, ipso iure gegen einander erlöschen sollen, so versteht sich doch dieses immer unter der nothwendigen Einschränkung: wenn nichts entgegensteht, was den Eintritt der Compensation behindert. Der Zweck der Einführung der Compensation sowol selbst, als die von der Compensation re-

denden

denden Gesetze legen dieses zu deutlich an den Tag, als daß ich eines langen Beweises dieses Satzes nöthig hätte. Nun aber steht das Concurs-Verhältniß entgegen, und behindert die sonst angeordnete Aufhebung der wechselseitigen Forderungen. Denn mit dem Ausbruch des Concurses werden ja die Rechte aller Gläubiger in Rücksicht auf ihre wirkliche Befriedigung so lange gleich gemacht, bis der Richter über den Vorzug und die Erstigkeit ihrer Forderungen entschieden hat. Kein Gläubiger kann nunmehr besonders seine Befriedigung verlangen, sondern nur in dem ihm von dem Concurs-Richter bey der Classification aller Gläubiger angewiesenen Platz, und wenn die Concurs-Masse so weit zureichend ist. Ist dies aber der Fall, so ist nichts natürlicher, als daß auch keine Compensation eintreten kann, indem dadurch eine besondere Befriedigung dieses Gläubigers entstehen würde, die doch das Concurs-Verhältniß nicht mehr zuläßt. Die Schutzwehr des Gläubigers, der hier als Schuldner des Gemeinschuldners vom Gütervertreter belangt wird, muß also dahin fallen, weil das Verhältniß wegfällt, unter welchem sie nur angenommen werden kann, daß heißt, wenn kein dritter, wie hier der Fall ist, dadurch Nachtheil leidet, oder nur blos das ordentliche Verhältniß zwischen einem respective Gläubiger und Schuldner vorhanden ist. Man möchte einwenden, daß ja hauptsächlich zum Vortheil des belangten Schuldners die Compensation von den Gesetzen eingeführt worden — daß selbst Pomponius im *L.* 3. *D. de solutionib.* dies deutlich zu erkennen gebe, mithin auch hier dem Concurs-Gläubiger die gesetzliche Wohlthat nicht entzogen werden könne, indem er sich eben in einem Zustande befindet, wo ihm solche weit willkommner als in dem gewöhnlichen Zustande seyn müßte? Allein, wenn auch gleich die Gesetze bey der Einführung der Compensation den Vortheil des belang-

langten Schuldners mit berücksichtigten, so versteht sich doch solches nur immer unter der Bedingung, wenn das gewöhnliche Verhältniß eines respective Gläubigers und Schuldners vorhanden ist, nicht dann, wenn die Rechte eines dritten damit collidiren. Auch der *L.* . *D. de solutionib.* giebt dies deutlich zu erkennen. Der Rechtsgelehrte Pomponius unterstellt hier blos das Verhältniß eines respective Gläubigers und Schuldners zu einander, wenn er den Nutzen der Compensation auf Seiten des Schuldners zeigt, und sagt: quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. Er setzt hier offenbar einen Schuldner voraus, der von seinem Gläubiger belangt wird, welcher ihm aber ebenfalls so viel schuldig ist, welches der belangte Schuldner auch beytreiben kann, und zeigt nun den Vortheil der Compensation für diesen Schuldner; weil demselben mehr daran gelegen sey, nicht zu zahlen, als das gezahlte zurückzufordern. Dies hier zum Grunde gelegte Verhältniß, fällt aber jetzt wegen des Concurses und der Collision der Rechte der übrigen Gläubiger weg, mithin kann auch der Vortheil des Concurs-Gläubigers nicht in Betrachtung kommen, den die Gesetze nur unter dem gewöhnlichen Verhältniß anerkennen.

Aber wie! wenn nun eine dieser wechselseitigen Schuldforderungen schon vor entstandenem Concurse exigibel war, die andere Schuldforderung hingegen, welche nach entstandenem Concurse erst exigibel wurde, eine bedingte Schuldforderung war, läßt sich da nicht der Eintritt der Compensation, und die Zulässigkeit der daher entspringenden Ausflucht der Compensation vertheidigen, wenn der belangte Gläubiger solche dem Güterverstreter entgegensetzt? lehrt doch Gajus im *L.* 11. §. 1. *D. qui potiores in pignor.*: cum enim semel *conditio*

ex-

exstitit perinde habetur, ac si *illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*, — sagt doch Paulus im *L.* 78. *D. de V. O.* ganz generell, si filius familias *sub conditione* stipulatus emancipatus fuerit, *deinde exstiterit conditio*, patri actio competit: *quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus?* Geben nicht die Rechtslehrer ganz allgemein die Regel an: Conditio existens retrotrahitur ad tempus initii? Muß also nicht vermöge dieser Grundsätze in dem unterstellten Fall es so angesehen werden, als wenn die bedingte Schuldforderung, die nach entstandenem Concurse erst exigibel geworden ist, schon vor dem Eintritt des Concurses exigibel war, mithin auch schon die Compensation vor dem Concurse eingetreten sey? —

Es würde mich von meinem Zweck zu weit entfernen, wenn ich über die Richtigkeit der Regel: Conditio existens retrotrahitur ad tempus initii urtheilen wollte, indem sich noch vieles gegen die Allgemeinheit derselben einwenden läßt. Ich will sie also für dasmal als richtig annehmen, und nur beweisen, daß sie meiner Behauptung nicht entgegensteht, sondern auch in solchem Fall die Ausflucht der Compensation von dem Richter als nichtig verworfen werden muß. Denn so bezieht sich 1) diese Regel nur blos auf die Leistung desjenigen, was unter einer Bedingung ist versprochen, oder hinterlassen worden [84]), daß es nunmehr, da die hinzugefügte Bedingung existent geworden ist, eben so gut, und in der Maaße gefordert werden kann, als wenn es pure wäre versprochen, oder hinterlassen worden; kann mithin, nach ihrem eigentlichen gesetzlichen Sinn, nicht auf etwas anderes, und also auch hier nicht auf die Compensation bezogen werden. Und wäre auch dieses nicht, so biethen doch

2) die

2) die von der Compensation redenden Gesetze, obgleich sie nicht besonders hier entscheiden, hinlängliche Gründe an die Hand, daß man nicht annehmen kann: es müßte hier der Compensations-Fall, als schon vor entstandenem Concurse eingetreten angesehen werden. Denn so heißt es ja im *L.* 4. *C. de Compensat.* ganz allgemein, daß die Compensation schlechthin nur EX EO TEMPORE als geschehen angenommen werden soll, EX QUO AB UTRAQUE PARTE DEBETUR; das heißt, wie ich oben bereits dargethan habe, wo die wechselseitigen Forderungen wirklich exigibel geworden sind. Da nun aber die bedingte Forderung in dem hier unterstellten Fall, erst nach entstandenem Concurse wirklich exigibel wurde, so konnte auch der Compensations-Fall nur erst jetzt eintreten, und da das durch den Concurs hervorgebrachte Verhältniß die Compensation überhaupt behindert, wenn sich nach entstandenem Concurse ihr Eintritt ereignet, so muß sie auch hier für behindert angesehen werden [85]).

76) Wäre daher z. B. die Forderung nicht liquid, oder würden derselben viele Einreden von Wichtigkeit, von den übrigen Concurs-Gläubigern entgegengesetzt, die erst einer weitläuftigen Untersuchung bedürften, so würde die Ausflucht der Compensation von dem Richter in diesem Fall, da, wo sie sonst beym Concurse zulässig ist, verworfen, und der Concurs-Gläubiger zur Zahlungsleistung angehalten werden müssen. Indes so glaube ich, daß beym Concurse der Richter mit der Verwerfung der vorgeschützten Ausflucht der Compensation, nicht so leicht verfahren kann, wie außer dem Concurse. Denn hier leidet der belangte Schuldner allemal dadurch weit größeren Nachtheil, als im entgegengesetzten Fall, wo ihm dies, daß der Richter die vorgeschützte Ausflucht der Compensation verwirft, größtentheils nur einige Unbequemlichkeiten zuwege bringt.

77) in Decisionib. *P. 7. Dec.* 127.

78) *L.* 2. *D. de Compensat.*

79) In

79) In Labyr. Creditor. concurrent. *P.* 2. *C.* 3. und 28. Siehe auch *Ioh. Georg* NICOLAI in resolutionib. *Quaest.* 23.

80) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 30. *Carl Frid.* WALCH de Compensat. in concursu Creditorum. *Ien.* 1770. §. 12., und in seiner Introductio in controvers. Iuris civilis der neuesten Ausgabe p. 707. u. a. m.

81) In der Dissertation de Compensatione in Concursu Creditorum. *Giess.* 1782. §. 5. *Ioach. Ludolph* MAYOHL D. de Compensatione in concursu creditorum. *Rostoch. et Visмar.* 1751. *p.* 19. Vergleiche auch *Iust. Henning* BOEHMER in Consultat. et Decisionib. *T.* 2. *p.* 1. *Resp.* 302.

82) Ein Erfurtisches Responsum, worin das Gegentheil angenommen, und doch die Compensation für zulässig anerkannt worden, findet man bey Linde a. a. O. S. 13.

83) Obgleich nach diesem Gesetz ein debitum in diem, antequam dies venit nicht zur Compensation gebracht werden kann, weil es noch nicht exigibel ist, so giebt es doch nach *L.* 16. §. 1. *D. de Compensat.* davon alsdann eine Ausnahme, wenn die Zeit der Leistung blos humanitatis gratia d. h. aus Nachsicht hinzugefügt war, worauf also auch hier beym Concurse sehr Rücksicht genommen werden muß. *Wolffg. ad* LAUTERBACH. Colleg. theoret. practic. *Tit. de Compensat.* §. 22. War also z. B. das, womit der Concurs-Gläubiger dem Gemeinschuldner verhaftet ist, vor dem Ausbruch des Concurses exigibel, und dasjenige ebenfalls, weshalb der Concurs-Gläubiger den Gemeinschuldner in Anspruch nimmt, der Concurs-Gläubiger aber verstattete dem Gemeinschuldner noch eine Zeit zur Zahlungsleistung, und während derselben bricht der Concurs aus, so kann er sich, wenn er hernach vom Gütervertreter belangt wird, allerdings auf eine vorgegangene Compensation mit Recht berufen.

84) Ludw. Jul. Fried. Höpfner theoretisch-practischer Commentar über die Heineccius-ischen Institutionen Seite 463.

85) *Amand. Christ.* DORN de Compensatione in concursu Creditorum. *Kiel* 1754. §. 16. welcher Rechtslehrer zugleich einen Rechtsfall anführt, der nach diesen Grundsätzen entschieden worden. Ueberhaupt

stellt

stellt derselbe, in Ansehung der Compensation beym Concurse, folgende generelle, sehr richtige Regel auf: Quae mutua debita *ante concursum motum* compensatione nondum exstincta sunt, nec *moto concursu* producunt compensationem, licet *post motum concursum termini habiles ad compensandum adsint.* Ich habe bey meiner Entscheidung diese Regel zum Grunde gelegt, und ihre Richtigkeit erwiesen, und werde mich auch in der Folge strenge an selbige halten, und ihre allgemeine Richtigkeit zu rechtfertigen suchen. — Nur hätte bey dieser Regel noch besonders des Verhältnisses zwischen dem Concurs-Gläubiger und Schuldner gedacht werden sollen, indem, wie wir unten sehen werden, noch andere Fälle vorkommen, wo von der Compensation die Rede ist, und diese Regel nicht zur Anwendung kommen kann.

§. 131.

Fortsetzung.

Zweyter Fall: Wenn vor dem Anfang des Concurses die beyden wechselseitigen Forderungen noch nicht vorhanden waren. Hier läßt sich wiederum ein gedoppelter Fall gedenken, nemlich:

1) Der, wo beyde wechselseitige Schuldforderungen erst nach ausgebrochenem Concurse entstanden sind. Z. B. der Gemeinschuldner leihet von dem Cajus nach entstandenem Concurse 100 Reichsthaler, und Cajus wird ihm gleich darauf ebenfalls mit so viel verbindlich. Man wende nicht ein, daß sich dieser Fall nicht gedenken lasse, indem sich wol niemand leicht finden werde, welcher dem Gemeinschuldner nach entstandenem Concurse Geld vorschießen wird. Allein, wo hat denn jeder sogleich von dem Ausbruch eines Concurses Nachricht, welcher nach den von uns gelehrten Grundsätzen ja nicht erst mit der Edictal-Citation seinen Anfang nimmt, sondern oft schon lange vorher vorhanden seyn kann? —

Ja! es kann auch sehr häufig die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners, womit er Jemanden nach entstandenem Concurse verhaftet wird, aus einem ganz andern Grunde, als aus einer Geld-Anleihe herrühren, mithin kann sich der hier unterstellte Fall sehr häufig ergeben, und gehört daher nicht zu den erdachten! — Ferner

2) läßt sich auch der Fall gedenken, wo die eine Schuldforderung vor, und die andere nach ausgebrochenem Concurse, ihre Entstehung erhalten hat. Z. B. der Gemeinschuldener hatte von dem Sempronius, ehe noch der Concurs ausbrach, 100 Reichsthaler angeliehen, und nachdem der Concurs bereits eingetreten war, wurde ihm Sempornius mit eben so viel verbindlich.

Herr Geheimer Justiz-Rath Walch [86]) giebt von der Compensation beym Concurse überhaupt die Regel an: In creditorum concursu locum tenet compensatio, si *utrumque debitum* vel *ante;* vel *post* motum concursum *est contractum;* mithin würde nach der Theorie dieses großen und verdienstvollen Rechtsgelehrten, in dem unter der Nummer 1. enthaltenen Fall, die Zulässigkeit der Compensation keinem Zweifel unterworfen seyn, und der Concurs-Gläubiger, wenn er sie dem Güter-Vertreter entgegensetzt, damit gehört werden müssen. Allein ich muß aufrichtig gestehen, daß mich diese Regel nicht befriediget, sondern ich glaube, daß in dem oben angegebenen zweyten Fall sowohl überhaupt, als nach seinen Untergattungen die Ausflucht der Compensation, auf Seiten des von dem Güter-Vertreter belangten Concurs-Gläubigers, durchaus nicht statt finden kann, sondern derselbe das, womit er dem Gemeinschuldner verhaftet ist, zur Concurs-Masse zahlen, und wegen seiner Ansprüche an den

Ge-

Gemeinschuldner sich in den Concurs einlassen und classificiren lassen müsse. Denn in dem hier unterstellten zweyten Fall sowohl überhaupt, als nach seinen Untergattungen, läßt sich der Eintritt der Compensation nicht anders, als nach bereits entstandenem Concurse gedenken. Nun aber behindert, wie ich oben gezeigt habe, das durch den Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger hervorgebrachte Verhältniß, den Eintritt der Compensation, mithin kann der Concursgläubiger nicht etwas als Ausflucht gebrauchen, was nicht vorhanden ist, muß also, wenn er sich auf eine vorgegangene Compensation beruft, damit abgewiesen und angehalten werden, das, womit er dem Schuldner verhaftet ist, zur Concurs-Masse zu zahlen, und wegen seines Anspruchs an den Schuldner sich in den Concurs einzumischen und classificiren zu lassen [87]).

86) in Introduct. in controverſ. Iur. civilis *p.* 707.

87) Linde a. a. O. §. 7.

§. 132.

Resultat der bisherigen Untersuchung.

Aus den bisher entwickelten Grundsätzen folgt also: daß ein Concurs-Gläubiger, wenn er von dem Güter-Vertreter, auf die Bezahlung desjenigen, womit er dem Schuldner wiederum verhaftet ist, belangt wird, sich nur in dem einzigen Fall der Ausflucht der Compensation bedienen könne, wenn die wechselseitige Schuldforderung nicht nur vor entstandenem Concurse vorhanden war, sondern auch damals schon als von beyden Theilen exigibel angesehen werden konnte; indem hier durch die Compensation schon vor dem Ausbruch des Concurses die wechselseitige Schuldforderung

aufgehoben war. Steht ihm also gleich in solchem Fall ohnstreitig die Ausflucht der Compensation zu, so fehlt es doch nicht an angesehenen Rechtslehrern [88]), welche auch hier in gewissen Fällen eine Ausnahme machen, und dem Concurs-Gläubiger die Befugniß, sich auf die wirklich vorgegangene Compensation zu berufen, absprechen. Wir wollen uns zuvörderst mit diesen Fällen bekannt machen, und hernach untersuchen, ob auch wirklich dem Concurs-Gläubiger, wenn selbige vorhanden sind, das Recht, sich auf die Compensation zu berufen, abgesprochen werden könne.

Zu den Fällen, worin man als Ausnahmen von der Regel, dem Concurs-Gläubiger die Befugniß, sich auf die Compensation zu berufen, und solche dem Gläubiger-Vertreter als Ausflucht entgegenzusetzen, abspricht, gehört erstens der Fall, wo dieser Gläubiger von anderen chirographarischen oder schlechten Gläubigern, welchen wenig oder gar keine Hoffnung übrig blieb, je etwas von ihrem Capital zu erhalten, ihre Ansprüche an den Gemeinschuldner um ein geringes an sich handelt, um sich der Ausflucht der Compensation dadurch zu bemächtigen. Zweytens der, wo die Forderung, womit der Concurs-Gläubiger dem Gemeinschuldner verhaftet ist, einem andern Gläubiger von dem Schuldner besonders verpfändet war. — Und endlich drittens der Fall, wo der Gemeinschuldner selbst in der Absicht andere Gläubiger zurückzusetzen, und diesen Gläubiger zu begünstigen, bewerkstelliget hat, daß die Compensation, die sonst nach der eigentlichen Lage der Sache nicht als Ausflucht würde haben gebraucht werden können, jetzt vorgeschützt werden kann, oder deutlicher zu reden, es bewirkt hat, daß beyde wechselseitige Forderungen vor entstandenem Concurse exigibel geworden, und daher durch die Compensation ipso iure erloschen sind. Z. B. das, was der Gemeinschuldner von dem Concurs-Gläubiger zu fordern hatte, war ein debitum purum, und schon vor

dem

dem Eintritt des Concurses exigibel, die Anforderung hingegen, welche der Concurs-Gläubiger an ihm machen konnte, war ein debitum conditionatum. Nun erläßt der Gemeinschuldner die Bedingung, und verwandelt die bedingte Forderung in eine reine, in der Absicht, damit die Compensation vor dem Ausbruch des Concurses eintreten, und von dem Gläubiger hernach zur Ausflucht vorgeschützt werden möge, wenn derselbe von dem Güter-Vertreter auf die Bezahlung desjenigen, womit er ihm verhaftet ist, belangt werden sollte.

Was den ersten Fall anbetrifft, so möchte es zwar scheinen, als wenn dem Concurs-Gläubiger dadurch nicht die Ausflucht der Compensation entzogen werden könnte, wenn er die Forderungen anderer chirographarischen Gläubiger an sich handelt, wenn nur diese vor entstandenem Concurse exigibel gewesen sind, und die Forderungen, welche der Güter-Vertreter im Namen des Gemeinschuldners an dem Concurs-Gläubiger macht, ebenfalls vor dem Ausbruch des Concurses exigibel waren, vorausgesetzt nur, daß er nicht mehr zur Compensation bringt, als er für diese Forderungen, die er an sich handelte, gegeben hat. — Denn es ist bekannt, daß ein Cessionarius an die Stelle des Cedenten tritt, und sich der cedirten Forderung, wie seiner eigenen zu Nutze machen kann [89]; ja! auch solche zur Compensation zu bringen berechtiget ist [90]. Ferner ist es auch nirgends verbothen, die Forderungen anderer Gläubiger, selbst auch nach entstandenem Concurse, an sich zu handeln, wie ich unten in dem Hauptstücke von der Succession der Gläubiger beym Concurse weitläuftiger darthun werde, indem das Concursverhältniß diesem nicht entgegensteht, und ein anderes legales Hinderniß sich hier nicht gedenken läßt. Allein demohnerachtet kann man dem Gläubiger so wenig allgemein die Befugniß zusprechen, die erhandelten Forderungen anderer Gläubiger zur Compensation zu bringen, als man ihm solche ohne allen Unterschied, wie

jene Rechtslehrer thun, abzusprechen im Stande ist. Meiner Einsicht nach muß hier unterschieden werden, ob der Concurs-Gläubiger diese Forderungen vor entstandenem Concurse an sich gehandelt hat, oder ob solche Erhandlung erst nachher, da der Concurs bereits ausgebrochen war, geschehen ist. In dem ersten Fall, so kann der Concurs-Gläubiger die erhandelten Forderungen anderer Gläubiger zur Compensation bringen, und muß mit dieser Ausflucht gehört werden, vorausgesetzt nur, daß

1) diese zur Compensation gebrachten Forderungen vor dem Ausbruch des Concurses exigibel waren, und auch die Forderung, die der Güter-Vertreter im Namen des Schuldners an ihm macht; und
2) er nicht mehr zur Compensation vorschützte, als er für diese Forderungen gegeben hatte [91]), es wäre denn, daß ein solcher Fall vorhanden wäre, wo es dem Cessionarius auch nach den Gesetzen erlaubt ist, mehr einzufordern, als er für die erhandelte und ihm abgetretene Forderung bezahlt hatte [92]).

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich von selbst, ohne daß es eines weitläuftigen Beweises bedürfte. Denn so steht 1) dem Gläubiger nichts entgegen, welches ihn an die gültige Erhandlung dieser Forderungen hindern könnte, wenn er auch gleich den Ausbruch des Concurses voraussah, und dabey die Absicht hatte, sich dieser Forderungen zur Compensation zu bedienen, weil vielleicht seine eigene Forderung sich nicht dazu qualificirte. Er gehört zu den wachsamen Gläubigern, welchen die Gesetze so deutlich begünstigen. Konnte er vor dem Concurse seine Bezahlung gültig entgegen nehmen, warum soll er denn auch nicht auf einer andern, ebenfalls gesetzlich erlaubten Art, sich zu dem Seinigen verhelfen können? — Es steht auch 2) das Concurs-Verhältniß diesem nicht entgegen, weil der Compensations-

Fall vor entstandenem Concurse eintrat, indem nun sogleich, als die Forderungen erhandelt wurden, ein mutuum debitum und creditum vorhanden war. Auch den Gläubigern, welche die Forderungen entweder auf Ersuchen dieses Gläubigers abtraten, oder auch demselben solche selbst anbothen, kann hier nichts zur Last gelegt werden, weil es ihnen nach den Gesetzen nicht verdacht wird, wenn sie sich so gut, als möglich, zu sichern bemühet gewesen sind.

Dahingegen im zweyten Fall kann dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation nicht zugestanden werden, — nicht um deswillen, als wenn der Concurs die Erhandlung der Forderungen anderer Gläubiger nicht mehr zuließe — nein! sondern darum, weil hier der Compensations-Fall erst nach entstandenem Concurse eintritt. Denn tritt gleich ein solcher Concurs-Gläubiger an die Stelle derjenigen Gläubiger, von welchem er die Forderungen erhandelte, und bedient sich aller der Rechte, welche denselben in Rücksicht auf die abgetretenen Forderungen zustunden, so kann doch dieses nicht bewirken, daß der Compensations-Fall, als vor eingetretenem Concurse geschehen angenommen werden muß, indem das mutuum debitum und creditum hier nicht eher als vorhanden angesehen werden kann, als bis der Gläubiger diese Forderungen von andern Gläubigern wirklich abgetreten erhalten hat, dies aber erst nach entstandenem Coucurse geschah, mithin auch die Compensation erst nach entstandenem Concurse eintreten konnte, und der Concurs den Eintritt der Compensation, wie ich oben bewiesen habe, schlechterdings hemmt.

88) LEYSER Meditat. ad Pandectas. *Spec.* 174. *Med.* 5. Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 23.

89) *Dan.* NETTELBLADT Syst. element. Iurisprudent. positiv. Germanorum commun. general. §. 434.

90) *L.* 18. *D. de Compensationib.*

91) *L.* 22. *C. Mandati. Bernhard Henr.* REINHOLD *ad legem Anastasianam* 22. *C. Mandati* in dessen Opuscul. Iuridic. *p.* 279 *sequent.*

92) Hettelbladt a. a. O. §. 720.

§. 133.

Fortsetzung.

Anlangend den zweyten Fall, wo die Forderung, welche der Güter-Vertreter von dem Concurs-Gläubiger beytreibt, von dem Gemeinschuldner einem dritten besonders verpfändet war, so glaube ich, daß dieses dem Concurs-Gläubiger nicht entgegenstehen kann, um sich auf die vorgegangene Compensation mit Nachdruck berufen zu können. Ich bin überzeugt, jeder wird mir den Beweis dieses Satzes schenken, wenn ich den Güter-Vertreter blos als einen solchen betrachte, der im Namen des Schuldners dessen ausstehende Capitalien beytreibt, indem derselbe, als in der Person des Schuldners handelnd, dieselbigen Ausflüchte gegen sich gelten lassen muß, die dem Schuldner entgegengesetzt werden können, diesem die Ausflucht der Compensation ohnstreitig entgegen stehen würde, wenn er selbst die Schuld einklagte — auch hier kein Concurs-Verhältniß entgegensteht, indem ich immer eine wechselseitige, vor dem Concurs schon vorhandene, und auch exigible Forderung voraussetze. Allein, da der Güter-Vertreter auch zugleich im Namen sowol der ganzen Gläubigerschaft, als eines einzelnen Gläubigers handelt, mithin auch das einem Gläubiger zugestandene Pfandrecht verfolgen, und auf die Einlieferung des Pfandstücks zur Concursmasse dringen kann, so muß ich noch beweisen, daß die Ausflucht der Compensation auch in dieser Eigenschaft dem Güter-Vertreter entgegensteht. — Und diesen Beweis führe ich nun folgendergestalt.

Begünstigen gleich die Gesetze einen solchen Gläubiger, welchem der Schuldner eine Activ-Post verpfändet hat, ungemein, und gestehen ihm sogar auf dem Fall, wenn der Schuldner nicht zahlt, eine actionem utilem gegen den Schuldner des Schuldners zu, um denselben zu belangen, daß er das verpfändete nomen an ihm in so weit entrichten solle, als seine Anforderung dadurch getilgt wird [93]); so versteht sich doch alles dieses nur unter der nothwendigen Voraussetzung, wenn die Forderung noch wirklich vorhanden war. Zahlt also dieser Schuldner seinem Gläubiger, so kann nach der deutlichen Entscheidung des Kaisers Alexander im *L. 4. C. quae res pignori obligari possunt*, der hypothekarische Gläubiger, dem die Forderung verpfändet worden, ihn nicht mehr belangen, weil der Gegenstand seines Pfandrechts bereits erloschen war. Nomen quoque, heißt es daselbst, debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cujus nomen tibi pignori datum est, NISI EI, CUI DEBUIT, SOLVIT, *nondum certior a te de obligatione tua factus*, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus ipse debet. Soll nach diesem Gesetz durch die Zahlung das bestellte Pfandrecht erlöschen, so sehe ich doch wahrlich keinen Grund ein, warum es nicht eben so gut durch den Eintritt der Compensation aufhören sollte; und wenn wegen des, auf der Activ-Post haftenden Pfandrechts die geleistete Zahlung nicht als nichtig angefochten werden kann, so kann gewiß eben so wenig die Compensation dadurch behindert, und abgehalten werden. Der Gütervertreter, welcher gegen den Gläubiger klagt, verfolgt also ein Pfandrecht, welches schon erloschen war, weil der Gegenstand desselben die Schuldforderung vermittelst der Compensation aufgehört hatte, und muß daher von demselben auf allen Fall durch

Vorschützung der Ausflucht der Compensation abgewiesen werden können [94]).

Allein! wenn nun der Gläubiger, dem der Schuldner die Activ-Post verpfändet hatte, dem Schuldner seines Schuldners und dem gegenwärtig compensiren wollenden Concurs-Gläubiger von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben, oder auch der gegenwärtig von dem Gütervertreter belangte Concurs-Gläubiger sich ausdrücklich verbunden hätte, diese Forderung, welche der Gemeinschuldner einem andern Gläubiger verpfändet hatte, an denselben zu entrichten, muß hier nicht die sonst eingetretene Compensation hinwegfallen, oder wenigstens doch die Ausflucht der Compensation auf Seiten dieses Concurs-Gläubigers als unzuläßig verworfen werden? Steht nicht im ersten Fall der *L. 4. C. quae res pignori obligari poss.* und die daselbst befindlichen Worte — nondum certior a te de obligatione tua factus, entgegen, und ist es im letzteren Fall nicht so anzusehen, als wenn der Gläubiger stillschweigend auf den Gebrauch der Ausflucht der Compensation in so ferne als die Schuld von dem Pfand-Gläubiger gefordert wird, Verzicht geleistet hätte? —

Ich glaube, auch hier kann dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation nicht streitig gemacht werden. Denn scheint es gleich in dem ersten Fall nach *L. 4. C. quae res pignori obligari poss.*, als wenn der Pfand-Gläubiger, dem eine Activ-Post verpfändet worden, auch dann noch auf die Zahlung derselben dringen könne, wenn gleich der Schuldner solche an seinen Gläubiger entrichtet hatte, sobald er ihm nur von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben hat; so versteht sich doch dieses, nach einer richtigen Gesetzerklärung, nur blos von dem Fall, wenn der Schuldner dieser Anzeige ohnerachtet wirklich mit Geld, oder etwas anderem Zahlung geleistet hatte — nicht aber wenn

durch die Compensation diese Forderung erloschen ist. So parador auch diese Behauptung beym ersten Anblick scheint, so wenig ist sie es doch, wenn man auf den wahren Grund jener gesetzlichen Verordnung Rücksicht nimmt. Der Grund nemlich, warum das Gesetz einen solchen Schuldner dem Pfand-Gläubiger noch verhaftet wissen will, ist kein anderer als dieser, weil er die Zahlung eben so gut an den Pfand-Gläubiger hätte leisten können, auch um so mehr dazu verpflichtet war, als sein Creditor durch die Verpfändung gleichsam darin gewilliget hatte; oder doch wenigstens dem Pfand-Gläubiger davon, daß er seinem Creditor zahlen wollte, hätte Nachricht geben müssen, weil ihm der Pfand-Gläubiger sein Recht auf diese Schuldforderung bekannt gemacht hatte. Dieser Grund des Gesetzes aber fällt offenbar hier weg, wo diese Forderung durch die Compensation ipso Iure aufgehoben wurde, mithin muß auch die Verordnung des Gesetzes selbst, die auf einen so speciellen Grund gebauet ist, unanwendbar werden. — Und aus der geschehenen Verpfändung allein läßt sich nicht behaupten, daß die Compensation behindert und das Pfandrecht erhalten werden müßte, man wollte denn den ungereimten Satz vertheidigen, daß Gläubiger und Schuldner durch Verpfändung der Activ-Post den Zustand des Schuldners zu verschlimmern befugt gewesen wären.

Eben so wenig kann im zweyten Fall dies der Ausflucht der Compensation entgegenstehen, wenn sich der Concurs-Gläubiger vielleicht ausdrücklich verbindlich gemacht hatte, das verpfändete Nomen an den Pfandgläubiger zu bezahlen. Denn so wie jedes Versprechen der Intention des versprechenden gemäß zu erklären ist, so ist dies auch hier der Fall. Von dem Concurs-Gläubiger wurde der Fall der wirklichen Zahlungsleistung gedacht — gewiß nicht der Compensations-Fall; man kann mithin nicht annehmen, daß von ihm auch darauf Verzicht geleistet worden.

Es konnte ihm gleichgültig seyn, ob er an dem Pfandgläubiger. seines Gläubigers, oder an seinen Gläubiger selbst zahlte, nicht aber, ob er wirklich Zahlung leistete, oder ob er sich davon durch Vorschützung der Ausflucht der Compensation befreyete. Ein anderes würde jedoch alsdann anzunehmen seyn, wenn dieser Concurs=Gläubiger den Pfandgläubiger etwa selbst zur Anleihe zu bestimmen gesucht, und ihn zu desto mehrerer Sicherheit das verpfändete Nomen ganz gewiß zu entrichten versprochen hätte, oder auch wohl gar mit der Verpfändung zugleich eine Art von Cession verbunden gewesen ist [96]). Denn im ersteren Fall würde nach allen vernünftigen Grundsätzen eine Verzichtsleistung auf die Compensation angenommen werden müssen, und im letzteren Fall kann' nach der Natur der Sache keine Compensation statt haben, weil die bisherige Verbindung zwischen dem Gläubiger und Schuldner aufhörte und ein neuer Gläubiger substituirt wurde — also kein mutuum debitum et creditum mehr vorhanden war.

93) *L. 4. C. quae res pignori obligari possunt.* Vergleiche auch Ernst Christian Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung sämmtlicher Römischen Gesetze vom Pfandrecht §. 141.

94) Dorn a. a. O. §. 51.

95) Das Gegentheil behauptet Dorn a. a. O. aus dem unrichtigen Grunde, weil er den respective Schuldner und Concurs=Gläubiger hier als einen solchen betrachtet, der aus der Verbindung mit dem vorigen Gläubiger und jetzigen Gemeinschuldner herausgetreten ist, und an den Pfandgläubiger einen neuen Creditor bekommen hat.

96) Erhält gleich, wie Herr G. R. Westphal a. a O. erinnert, der Pfand=Gläubiger an der ihm verpfändeten Activpost ohngefähr eben die Rechte, die ihm bey der Cession zustehen würden, so läßt sich doch nicht behaupten, daß in der Verpfändung selbst eine wahre Cession enthalten sey, sondern es bleibt immer noch das vorige Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner. Man kann daher die Cession nur alsdann annehmen, wenn sie wirklich mit dem Pfandgeschäffte ausdrücklich verbunden war.

§. 134.

Fortsetzung.

Was endlich den dritten Fall anbetrifft, wo nemlich durch die betrügerische Handlung des Gemeinschuldners der Compensationsfall ist hervorgebracht worden, so pflichte ich hier denjenigen Rechtslehrern bey, welche wegen der betrügerischen Absicht des Schuldners die Ausflucht der Compensation nicht zuläßig finden wollen. Indeß, so muß hier, wo die Compensation schon vor entstandenem Concurse ipso iure eingetreten ist, die Handlung des Schuldners, mittelst welcher er die Compensation hervorbrachte, von den Gläubigern, welche dadurch sind lädirt worden, mit der Paulianischen Klage angefochten und umgestoßen werden, wobey es nach den Grundsätzen, welche im dritten Hauptstück sind vorgetragen worden, gehen muß [97]).

97) Dieser Fall muß nicht nach den im dritten Hauptstück von der vor entstandenem Concurse von dem Gemeinschuldner unternommenen Zahlungsleistung (vergleiche den §. 104. des ersten Theils) geltenden Grundsätzen, sondern nach dem, was von der betrüglichen Vermögens-Verringerung überhaupt gilt, beurtheilt werden, indem der Schuldner aus seinem Vermögen ein Recht dadurch entfernte, daß er die Bedingung erließ.

§. 135.

Untersuchung der Frage: Ob rückständige Pachtgelder mit den Vorstands-Geldern beym Concurse compensirt werden können?

Nach den hier vorgetragenen Grundsätzen ist der Compensations-Punct bey Concursen überhaupt, und ohne Rücksicht auf eine besondere Gattung der wechselseitigen Forderungen zu beurtheilen [98]). Insbesondere muß auch darnach die so streitige Frage: Ob ein Pächter bey entstandenem Concurse über des Verpächters Vermö-

mögen, das rückständige Pachtgeld mit den dem Pächter geleisteten Vorstands-Geldern zu compensiren befugt sey? entschieden werden. Freyherr von Hoym [99]) glaubt, daß wenn der Pächter des Gemeinschuldners die Pachtgelder noch nicht bezahlt habe, er sich wegen der geleisteten Vorstandsgelder immer an den rückständigen Pachtgeldern halten, und so weit solche zureichen, compensiren könne. Dahingegen unterscheidet von Winkler [100]): Ob der Pachtcontract bereits zu Ende gegangen, und das Pachtstück völlig von dem Pächter, und so abgeliefert worden, daß derselbe an der Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten nichts ermangeln lassen, oder ob solches nicht der Fall war. Im ersten Fall läßt er die Ausflucht der Compensation zu, und erlaubt demselben, mit den rückständigen Pachtgeldern, den dem Cridarius geleisteten Vorstand zu compensiren; im letzteren Fall hingegen sagt er, müßte die Ausflucht der Compensation, wenn sie der Pächter dem Gütervertreter, welcher die Pachtgelder beytreibt, entgegensetzt, gänzlich verworfen werden [1]).

Nach den vorgetragenen Lehrsätzen würde unterschieden werden müssen: Ob der Pachtcontract vor entstandenem Concurse bereits zu Ende gegangen ist, und die Ablieferung des Pachtstücks so erfolgt war, daß nun der geleistete Vorstand zurückgefordert werden konnte, oder nicht, sondern sich dieses erst nachher, wie der Concurs schon ausgebrochen war, zugetragen hat. Im ersten Fall würde allerdings der Pächter die rückständigen Pachtgelder mit den geleisteten Vorstands-Geldern compensiren können; im letzteren Fall aber nicht. Die Gründe sind eben dieselben, welche oben von der Compensation beym Concurse überhaupt angegeben worden. Denn im ersten Fall würde das mutuum debitum et creditum schon vor dem Ausbruch des Concurses, im letzteren Fall aber erst nachher, da der Concurs bereits seinen Anfang

fang genommen hatte, entstanden seyn, mithin würde auch nur im ersten, nicht aber im letzten Fall die Compensation eintreten können.

Aber läßt sich im vorliegenden Fall wohl überhaupt der Eintritt der Compensation, und die Befugniß des Pächters zu compensiren gedenken? Ich muß frey gestehen, daß ich daran sehr zweifle. Ein Vorstand bey Pachtcontracten wird überhaupt zu dem Ende geleistet, um den Verpächter wegen der aus dem Pacht-Contract entspringenden Verbindlichkeiten des Pächters — wenigstens einigermaßen zu sichern. So lange also der Pächter nicht alle Obliegenheiten des Pacht-Contracts erfüllt hat, hat er kein Recht, die geleisteten Vorstands-Gelder zurückzufordern, indem er ja dem Verpachter das Recht gestattet hat, sich daran zu halten, und sich davon am Ende so gut er kann zu befriedigen, mithin auf die Zurückforderung so lange Verzicht geleistet hat, als er noch die Erfüllung irgend einer aus dem Pacht-Contract entspringenden Verbindlichkeit schuldig war. — Was ist aber davon die Folge? keine andere als diese: daß die Vorstands-Gelder, so lange als er die rückständigen Pachtgelder noch nicht entrichtet hatte, nicht exigibel waren, und da also kein mutuum debitum et creditum vorhanden ist, auch gar kein Eintritt der Compensation gedacht werden kann. Der Pächter würde also eine noch nicht exigible Forderung zur Compensation bringen, wenn man ihm die Ausflucht der Compensation gestatten wollte, wenn er vom Gütervertreter auf die Bezahlung der Pachtgelder belangt wird, und dies ist nach den Gesetzen durchaus nicht erlaubt. Da also von der Erfüllung aller aus dem Pachtcontract entspringenden Obliegenheiten erst das Recht des Pächters, die geleisteten Vorstands-Gelder zurückzufordern, abhängt, so muß der Pächter beym Concurse seines Verpächters auf allen Fall die rückständigen Pachtgelder zur Concurs-Masse

heim-

heimzahlen, und wegen des geleisteten Vorstandes sich in den Concurs einlassen und classificiren lassen, es wäre denn, daß er sich, nach Bezahlung der Pachtgelder, aus einem andern Grunde auf eine vorgegangene Compensation berufen, und dadurch wegen seiner Vorstandsgelder die Gefahren des Concurses von sich ablehnen könnte [2]); oder auch die Vorstands-Gelder bloß zu dem Ende wären geleistet worden, um den Verpächter wegen der Deterioration des Pachtstücks sicher zu stellen, welches aber im Zweifel nicht vermuthet werden kann, weil sich der Vorstand eigentlich auf alle aus dem Pacht-Contract entspringende Verbindlichkeiten des Pächters erstreckt, mithin eine Restriction immer erst bewiesen werden muß.

98) Was nach besondern Landes- und Stadtgesetzen in Ansehung des Compensations-Puncts bey Concursen Rechtens ist, darüber ist Theodor Hasche in der Dissertation de legibus in favorem commercii latis, praesertim in concursu creditorum. *Goettingae* 1792. §. 17. nachzulesen. Ich kann bey dieser Gelegenheit den Wunsch nicht bergen, daß jemand doch eine Sammlung der besondern Landes-Gesetze in Deutschland, welche das Concurs-Wesen betreffen, auszugsweise veranstalten möge. Den Nutzen, welchen eine solche Arbeit bringen würde, darf ich wol nicht erst mit vielen Worten schildern. Die Abhandlung, welche ich so eben allegirt habe, enthält eine Abweichung der vorzüglichsten Landes- und Stadt-Gesetze, welche das Concurs-Wesen betreffen, ist aber im ganzen doch äußerst dürftig. Indes so verdient auch hier schon ein geringer Versuch alles Lob.

99) In dem Versuch über die Classification der Vorstands-Gelder bey entstehendem Concurse des Verpächters. Rostock und Leipzig 1781. §. 8.

100) in tract. de Iure Compensationis in Concursu Creditorum. *Lipsiae* 1786. *pag.* 9.

1) In der von Winklerschen Abhandlung befindet sich auch ein Auszug von einem Responsum der Leipziger Juristen-Facultät, worin diese Grundsätze angenommen worden.

2) Da

2) Dahin würde gehören, wenn der Pächter noch vor dem Eintritt des Concurses alle Obliegenheiten des Pachtcontracts erfüllt hätte, und nun dem Verpächter etwas aus einem andern Grunde schuldig geworden wäre, welches ebenfalls vor entstandenem Concurse exigibel geworden ist. Hier würde er wegen der geleisteten Vorstands-Gelder, wenn der Gütervertreter das, womit er dem Schuldner verhaftet ist, von ihm beytreiben will, sich auf die Compensation berufen können.

§. 136.

Untersuchung: Ob sich die Compensation beym Concurse auch auf die Zinsen erstreckt.

Wenn sich beym Concurse der Fall ereignet, daß dem Gütervertreter von dem belangten Concurs-Gläubiger die Ausflucht der Compensation entgegengesetzet, und für zuläßig befunden wird, so erstreckt sich solche nach der Natur der Compensation überhaupt, nicht nur auf den Hauptstamm der wechselseitigen Schuldforderungen, sondern auch auf die Zinsen, welche zu der Zeit, wo auf beyden Seiten die Forderungen zur Richtigkeit gekommen sind, verfallen waren; in so ferne solche nur überhaupt, nach den Grundsätzen von der Zinsleistung, als zahlbar angenommmen werden können. Denn Zinsen sind ein Zubehör des Capitals, mithin muß das, was in Ansehung des Capitals gilt, auch in Hinsicht auf die Zinsen gelten. Dieser Satz leidet auch dann keine Abänderung, wenn gleich nach particulären Rechten die Zinsen beym Concurse mit dem Hauptstamme nicht gleiche Vorzüge genießen, sondern bey der Classification den Forderungen aller, sogar der chirographarischen Gläubiger, nachgesetzet werden [3]) Der Grund ist ganz natürlich. Der Concurs-Gläubiger ist hier als ein solcher zu betrachten, der außer dem Concurse seine Befriedigung erhalten hat, in so ferne die Compensation zureicht. Es kann also das nicht auf ihn angewendet werden, was in dem Concurs-Verhältniß selbst nur von ihm gelten würde.

3) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 34.

§. 137.

Ueber das Verhältniß eines Concurs-Gläubigers zum Concurse nach vorgeschützter Ausflucht der Compensation.

Ehe ich zu ferneren Untersuchungen in der Lehre vom Compensations-Recht beym Concurse der Gläubiger fortschreite, wird es nicht undienlich seyn, noch einige Bemerkungen über das Verhältniß eines Concurs-Gläubigers zum Concurse, nach vorgeschützter Ausflucht der Compensation, hinzuzufügen. Wenn ein Concurs-Gläubiger sich der Ausflucht der Compensation mit Nachdruck bedient hat, so lassen sich hier drey Fälle gedenken: nemlich 1) der Fall, wo durch die Compensation die Anforderung, welche der Gläubiger an den Gemeinschäldner macht, nebst den davon fälligen Zinsen gänzlich aufgehoben wird. Hier tritt nun der Concurs-Gläubiger ganz aus dem Concurs-Verhältniß heraus, indem jetzt sein Anspruch an den Schuldner aufgehoben ist, es wäre denn, daß er mehrere Anforderungen an den Schuldner zu machen hätte. 2) läßt sich auch der Fall gedenken, wo die Compensation nur einen Theil der Forderung dieses Gläubigers aufhebt. In diesem Fall bleibt er wegen des Restes des Hauptstammes, und wegen der von der Forderung fälligen Zinsen, noch immerhin ein Concurs-Gläubiger, und muß die Pflichten der Concursgläubiger mit beobachten, wenn er deshalb befriediget werden will. Endlich 3) so ist auch noch der Fall gedenkbar, wo die Compensation zwar die Hauptforderung des Gläubigers gänzlich aufhebt, die Zinsen hingegen dadurch nicht absorbirt werden. Hier kann ein solcher Gläubiger noch immerhin die Zinsen beym Concurse liquidiren, und steht ihm nicht entgegen, daß die Zinsen in gewissen Fällen, wenn das Capital abgetragen ist, nicht vermittelst einer besondern Klage gefordert werden kön-

können [4]), indem dieses immer den Fall voraussetzt, wo ein Gläubiger von seinem Schuldner die wirkliche Zahlung des schuldigen Capitals angenommen hat, ohne daß dabey etwas von den fälligen Zinsen gedacht worden.

4) arg. *L.* 49. §. 1. *D. de act. emti venditi.* Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener, Rechtsmaterien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit. *Nr. LVIII.* TIEMANN an et quatenus Usurae sorte soluta adhuc peti queant. *Halae* 1790.

§. 138.

Noch zwey merkwürdige hierher gehörige Fragen.

Sehr häufig trifft es sich beym Concurse, daß ein Gläubiger, welcher sich gegen den Gütervertreter der Ausflucht der Compensation bedient, mehrere Forderungen, und von verschiedener Beschaffenheit an den Schuldner macht. Hier entsteht nun die Frage: Welcher Posten durch die Compensation für getilgt angenommen werden müsse? Den übrigen Concurs-Gläubigern liegt sehr daran, daß diejenige Forderung des compensiren wollenden Gläubigers als getilgt angenommen werde, die einen Vorzug vor den andern Forderungen, die er ebenfalls noch an den Schuldner macht, hat, und welche in einer der vorzüglichsten Classen bey der Location der Gläubiger ihren Platz angewiesen erhält; dem compensirenden Gläubiger hingegen ist es vorzüglich darum zu thun, daß ein bevorzügter Posten stehen bleibe, und ein nachstehender durch die Compensation aufgehoben werde. Die hier aufgeworfene Frage kann nur alsdann entstehen, wenn alle verschiedene Ansprüche, oder doch mehrere derselben, die der Concurs-Gläubiger an den Gemeinschuldner macht, vor entstandenem Concurse exgibel waren. Denn war nur eine derselben exigibel, so muß natürlicherweise

der Concurs=Gläubiger diese substituiren, weil er sonst nach den oben gelehrten Grundsätzen gar nicht zur Compensation zugelassen wird.

Die vorgelegte Frage ist meiner Meynung nach dahin zu entscheiden, daß dem compensirenden Gläubiger hier völlig die Wahl überlassen werden muß, welche von den mehreren Forderungen, die er an den Gemeinschuldner macht, er dem Gütervertreter zur Compensation entgegensetzen will. Das durch den Concurs hervorgebrachte Verhältniß steht ihm hier im mindesten nicht entgegen, indem ja die andern Concurs=Gläubiger die Compensation nicht würden hindern können, wenn der Concurs=Gläubiger auch nur einen einzigen, noch so wenig bevorzügten Anspruch an den Schuldner, zur Compensation vorschützen wollte, und nur die Erfordernisse, die beym Concurse zur Compensation nöthig sind, vorhanden waren; und einen andern Grund giebt es nicht, vermöge dessen man ihm die Compensations=Befugniß auch nur einigermaßen streitig machen könnte. Hat also ein solcher Gläubiger mehrere Ansprüche an den Schuldner, die zur Compensation vorgeschützt werden können, so muß es einzig und allein seinem Belieben überlassen bleiben, welchen Posten er herausnehmen, der Forderung, die der Gütervertreter an ihn macht, substituiren, und sich so von der wirklichen Zahlungsleistung befreyen will. So wie er sich hierüber, wenn ihn der Gütervertreter belangt, erklärt, so muß der Posten, welchen er substituirt, durch die Compensation als aufgehoben angesehen werden; jedoch darf er nunmehr nicht wieder variiren, und wenn er sich versehen hätte, einen andern Posten substituiren wollen, weil er sein eigenes Factum nicht impugniren darf.

Ich verbinde hiermit noch die Untersuchung einer andern ebenfalls hieher gehörigen Frage, die von nicht geringerer Wichtigkeit, als die vorhergehende ist. Wie! wenn ein Gläubiger, welcher dem Schuldner ebenfalls

mit

mit etwas verhaftet ist, mehrere Posten beym Concurse liquidirt, und nun demselben von dem Contradictor die Ausflucht der Compensatiion entgegengesetzt wird, weil der Anspruch, den der Gemeinschuldner an ihn zu machen berechtiget ist, entweder eine oder mehrere dieser Forderungen aufhebt: kann da dieser Concurs-Gläubiger bestimmen, welche seiner liquidirten Forderungen durch die Compensation aufgehoben seyn solle, oder steht diese Bestimmung dem Gemeinschuldner oder wohl gar der Gläubigerschaft zu? Gmelin *) behauptet, daß in diesem Fall der Concurs-Gläubiger die Wahl habe, gegen welche seiner Forderungen er die Ausflucht der Compensation gelten lassen wolle, und zu seinem Vortheil verlangen könne, daß nicht das vorzügliche sondern schlechtere Capital zum Gegenstand der Compensation genommen werden solle. Ich will zuvörderst die Gründe dieses verdienstvollen Rechtsgelehrten mit seinen eigenen Worten hersetzen, und hernach meine Meynung über die Sache hinzufügen.

Die Gründe worauf sich Gmelin beruft sind folgende: „Wäre dem Schuldner, sagt er, nicht durch den „Concurs die Disposition über sein Vermögen entzogen, „so würde er das Recht haben, zu bestimmen, welche von den mehreren Schulden, „womit er seinem Gläubiger verhaftet ist, „durch die Compensation ausgelöscht seyn „sollte, so wie er unter mehreren Schuldposten, nach seinem Belieben, einen heimbezahlen kann. Da er nun aber niemanden mehr gültig Bezahlung zu leisten vermag, so fällt nun auch die „Wahl hinweg, die er in einer andern Lage unter verschiedenen Schulden eines Gläubigers, in Rücksicht auf „die Compensation, hätte treffen können. Dem Gemeinschuldner, der um seine sämmtlichen Gläubiger zu

„befriedigen nun von allen Mitteln entblößt ist, muß es „in diesen Umständen gleichgültig seyn, welches Capital „zur Compensation gezogen wird. Von seiner Seite „fällt also in so weit hier das Interesse, und mit dem „Abgang derselben auch die Befugniß, den zu compensi„renden Schuldposten anzuzeigen, gänzlich hinweg. „Wollte man annehmen, daß die übrigen Gläubiger hier „an die Stelle des Schuldners treten, und dieses ihm „sonst zuständige Recht ausüben müßten, so würde die „Gleichheit, die unter den Gläubigern durch die Immis„sion (den Concurs) gewirkt ist, aufgehoben werden, „indem man nun den übrigen Concurs-Gläubigern auf „die Forderung desjenigen Gläubigers, dem die Compen„sation entgegengesetzt worden, mehrere Rechte einräu„men würde, als er selbst hätte.“ Da also weder der Schuldner, noch die übrigen Concurs-Gläubiger das Recht haben könnten, zu bestimmen, auf welche Forderung der zur Compensation gebrachte Anspruch abgerechnet werden solle, so müßte, schließt Gmelin, diese Bestimmung dem Concurs-Gläubiger selbst überlassen bleiben.

Ich muß gestehen, die Entscheidung der vorliegenden Frage hat ihre sehr großen Schwierigkeiten, und man entscheide wie man will, so läßt sich eine Menge Gründe für, und dawider anführen. Kurz würde man freilich aus der Sache kommen, wenn man dem Richter die Bestimmung überließe; allein mit dieser Entscheidung ist bey dem denkenden Rechtsgelehrten nicht alles abgemacht; es wäre denn, daß dargethan werden könnte, es kann hier nichts anders, als die richterliche Entscheidung den Ausschlag geben.

Meines Erachtens kann in dem vorliegenden Fall so wenig der Gemeinschuldner, als die übrige Gläubigerschaft, als endlich der Concurs-Gläubiger, welchen die Ausflucht der Compensation von dem Contradictor entgegengesetzt wird, bestimmen, auf welche Forderung der

zur

zur Compensation vorgeschützte Anspruch des Gemeinschuldners an den Concurs-Gläubiger, der mehrere Posten liquidirt, abgerechnet werden soll, sondern der Richter muß hier darch eine Entscheidung den Ausschlag gegeben, wenn keine gütliche Vereinbarung möglich ist. Ich glaube mit dem Beweise dieses Satzes bald fertig werden zu können.

Der Gemeinschuldner erstens, welcher nach der eigentlichen lage der Sache, und nach den Grundsätzen von Zahlungsleistungen, sonsten bestimmen müßte, auf welche Forderung des Gläubigers er den zur Compensation vorgeschützten Anspruch an denselben abgerechnet haben will, kann diese Befugniß um deswillen nicht mehr ausüben, weil er dabey, als einer ganz willkührlichen Handlung, den Gläubigern gefährlich werden kann; indem es ja ihm völlig freystehen würde, zu bestimmen, ob die zur Compensation gebrachte Forderung auf eine schlechtere oder mehr bevorzügte Forderung des Concurs-Gläubigers abgerechnet werden soll, weil er dieses Recht bey der wirklichen Zahlungsleistung hat, und ihm daher auch solches bey der Compensation als einer Gattung der Zahlungsleistung gelassen werden muß. Im erstern Fall würde der Concurs-Gläubiger, dem die Ausflucht der Compensation entgegengesetzt wird, und im letzteren Fall die übrige Gläubigerschaft dadurch lädirt werden. Der Gläubigerschaft, zweytens, kann diese sonstige Befugniß des Gemeinschuldners um deswillen nicht zugesprochen werden, weil hier die Gerechtsame eines Gläubigers mit in Collision gerathen, man also im entgegengesetzten Fall der übrigen Gläubigerschaft, auf die Forderungen dieses Gläubigers, ein Recht beylegen würde. Zu dem gehört ja dieser Gläubiger mit zum ganzen Corpus der Gläubigerschaft, und würde daher an den Bestimmungs-Recht Theil nehmen müssen. So bewandten Sachen nach aber würde nichts entscheidendes festgesetzt werden können. Denn

die Mehrheit der Stimmen kann hier nichts entscheiden, weil der Fall eintritt, wo von den Rechten eines einzelnen die Rede ist. — Der Concurs-Gläubiger endlich drittens, welchem bey der liquidation der mehreren Posten die Einrede der Compensation entgegengesetzt wird, kann, wie Gmelin glaubt, schlechterdings nicht bestimmen, auf welche seiner Forderungen der zur Compensation vorgeschützte Anspruch des Schuldners an ihm abgerechnet werden soll. Denn eines Theils würde dieses der Analogie der Gesetze geradezu entgegen seyn, indem nach den Gesetzen dem zahlenden Schuldner nur bloß zu seinem Vortheil das Bestimmungsrecht zugelassen wird, auf welchem Posten er gezahlt haben will, andern Theils würde man, jener verkehrten Ordnung der Dinge zu geschweigen, dem Concurs-Gläubiger hier eine Befugniß einräumen, die den übrigen Gläubigern äußerst nachtheilig werden könnte und gewiß werden würde, man wollte denn annehmen, daß er mehr für diese als für sich selbst sorgen werde.

Man möchte entgegensetzen, die ganze Frage hebe sich ja von selbst, sobald nur der Contradictor dem liquirenden Gläubiger die Ausflucht der Compensation gegen eine bestimmte Forderung, und nicht im allgemeinen entgegensetzt. Stepf [6]) unterstellt diesen Satz nicht nur als ausgemacht, sondern giebt dem Contradictor noch dazu die Cautel an die Hand, die Einrede der Compensation ja auf die vorzüglichste Forderung dieses Gläubigers zu richten. — Allein dies kann der Contradictor nicht, wenn man alles gehörig erwägt. Denn 1) bringt ja der Concurs-Gläubiger bey der Anzeige und liquidation seiner Forderungen an den Gemeinschuldner solche dergestalt an, daß er wegen derselben insgesammt befriediget seyn will. Er macht also mehrere Forderungen zugleich beym Concurse klagbar, und daher kann hier auch nur die Einrede der Compensation im allgemeinen entgegengesetzt werden. —

Und

Und zugegeben auch, daß dieser Grund nichtig sey, so kann doch 2) der Contradictor wegen seiner Eigenschaft, worin er handelt, die Einrede der Compensation durchaus nicht einer gewissen von dem Concurs-Gläubiger liquidirten Forderung entgegensetzen. Er ist dazu bestellt, daß er den Schuldner gegen Ansprüche, welche an ihm gemacht werden, vertheidigen und der demselben zuständigen Ausflüchte sich bedienen soll, — darum er auch hier dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation entgegensetzt. Die Absicht dabey ist hauptsächlich der Vortheil der Gläubiger, damit niemand mit ungerechten Forderungen durchkommen möge — nebenher auch der des Schuldners. Kann er sich nun gleich in dieser lage der Rechte des Schuldners bedienen, so kann er doch nicht von solchen Rechten desselben Gebrauch machen, welche demselben nur zu seinem Vortheil außerhalb dem Concurse von den Gesetzen zugeeignet sind, und woran er jetzt kein Interesse mehr hat. Hierher gehört auch das Recht zu bestimmen, gegen welche Forderung die Compensation vorgeschützt werden soll, welches nun, da das Interesse des Schuldners aufhört, auch zugleich mit als erloschen angesehen werden muß. Es würde also abentheuerlich seyn, wenn man dem Contradictor die Ausübung eines erloschenen Rechts gestatten wollte.

Muß also der Richter nach den von uns vorgetragenen Grundsätzen allein diesen Punct entscheiden, so frägt es sich noch, welches Princip er bey dieser Entscheidung zum Grunde legen müsse? — Kann er die gesetzliche Vermuthung dabey zum Grunde legen, nach welcher, wenn ein Schuldner, der mehrere Posten schuldiget, seinem Gläubiger etwas gezahlt und nicht bestimmt hat, auf welchen Posten er die Zahlung geleistet haben wolle, zuförderst auf die Zinsen, hernach auf das lästigste Capital, und wenn alle Capitalien gleich lästig sind, auf das älteste Capital, und wenn alle Capitalien gleich alt sind, auf alle pro rata gezahlt zu haben angenom-

men werden soll [7]), und hiernach analogisch auch bestimmen, welche Forderung des Gläubigers durch die Compensation als getilgt angesehen werden solle; — oder muß er bey seiner Entscheidung ein anderes Princip zum Grunde legen? Aus der angegebenen gesetzlichen Präsumtion kann kein Entscheidungsgrund hergenommen werden, indem diese sich auf den Nutzen des Schuldners gründet, und es hier dem Schuldner völlig indifferent ist, auf welche Anforderung die Abrechnung geschieht, mithin die Regel — cessante legis ratione cessat eius dispositio, entgegensteht. Und da es wirklich an einem andern Princip, welches hier zum Grunde gelegt werden könnte, gänzlich fehlt, so bin ich der Meynung, daß der Richter am besten thut, wenn er in vorkommenden Fällen so entscheidet, daß die Abrechnung auf alle liquidirte Forderungen pro rata geschehen soll, indem so keinem zu nahe getreten wird.

5) In der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 35. Nach der Ueberschrift dieses §. scheint es, als wenn Emelin den Fall unterstellt, wo ein vom Gütervertreter belangter Concurs-Gläubiger, der mehrere Forderungen an den Gemeinschuldner macht, sich der Ausflucht der Compensation bedient. Allein die Entscheidungsgründe, welcher sich dieser berühmte Rechsgelehrte bedient, zeigen es offenbar, daß er sich den Fall dabey gedacht hat, welchen ich im Paragraphen angenommen habe, weil sie sonst ganz unanpassend seyn würden. Er sieht nemlich den Schuldner als Zahlung leistenden an, und dies würde nicht der Fall seyn, wenn der Gläubiger sich der Ausflucht der Compensation bedient, weil alsdann dieser, indem er dem Gütervertreter das substituirt, womit ihm der Schuldner verhaftet ist, als der zahlende angesehen werden muß. Ich erinnere dies um deswillen, damit mir nicht vorgeworfen werden möge, ich habe diesen Rechtslehrer mißverstanden, so wie man manchen Philosophen in unsern Tagen vorwirft, den Kant mißverstanden zu haben. — Denn nach der Sache selbst, und nicht nach der Ueberschrift muß man doch wohl urtheilen? Auch die Endesworte des Paragraphen ergeben dies hinlänglich.

6) In

6) In der systematischen Lehre vom Contradictor §. 134.

7) *L. 5. pr. D. de solut. L. 8. D. eod. Henr.* HILDEBRAND de imputatione soluti ex pluribus nominibus. *Altdorff* 1728.

§. 139.

Noch einige andere von den vorigen verschiedene Fälle, wo bey Concursen die Frage wegen der Compensation entstehen kann.

Außer den §. 130. und folgenden entwickelten Fällen, giebt es noch andere, wo ebenfalls die Frage der Compensation entstehen kann, die aber mit jenen nicht von einerley Gattung sind, und daher nicht ganz nach den oben gelehrten Grundsätzen beurtheilet werden können, sondern bey deren Entscheidung ein anderer Maasstab angenommen werden muß. Hierher gehört

1) der Fall, wo ein Concurs-Gläubiger während des Concurses an der Gütermasse etwas schuldig wird, und dem Gütervertreter, der solches von ihm beytreiben will, die Ausflucht der Compensation entgegensetzt. Z. B. Ein Gläubiger übernimmt während des Concurses die Miethe eines zur Gütermasse gehörigen Hauses, oder andern Grundstücks, oder kauft bey der Veräußerung des schuldnerischen Vermögens davon etwas an sich, und wird hinfolglich der Masse aus dem Mieth- oder Kauf-Contract, Pachtgelder oder Kaufschilling schuldig. Kann hier der Gläubiger, wenn der Gütervertreter diese Gelder von ihm beytreiben will, zur Compensation seine Zuflucht nehmen, und sie von der Schuld abrechnen, mit welcher ihm der gemeine Schuldner verhaftet ist?

Leyser [8]) glaubt, daß die Compensation hier allerdings zulässig sey, sobald nur der Gläubiger ein wahrscheinliches Vorzugsrecht darzuthun

im

im Stande wäre. Ihm pflichten auch Schaumburg [9]) und Hellfeldt [10]) bey, wollen jedoch einen solchen Gläubiger zur Bestellung einer cautio de restituendo angehalten wissen, damit die übrigen Gläubiger nicht gefährdet werden mögen, wenn etwa dieses angebliche Vorzugsrecht bey näherer Prüfung hernach als ungegründet befunden werden sollte. Dahingegen behaupten andere angesehene Rechtslehrer [11]), daß in dem vorliegenden Fall dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation durchaus nicht zu gestatten sey, sondern er das schuldige Geld zur Concurs-Masse einzuliefern, und wegen seiner Forderung die richterliche Location abzuwarten, angewiesen werden müsse, es wäre denn, daß bereits völlig ausgemacht worden, es stehe diesem Gläubiger ein ohnstreitiges Vorzugsrecht vor den übrigen Concurs-Gläubigern zu. Diese letztere Behauptung ist um deswillen ohnstreitig als die richtigere anzunehmen, weil sie genau mit dem durch den Concurs hervorgebrachten Verhältniß übereinstimmt, und in dem entgegengesetzten Fall die durch den Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger hervorgebrachte Gleichheit würde aufgehoben werden. Denn wollte man einem Concurs-Gläubiger hier die Compensation gestatten, so könnten ja nur alle diejenigen Gläubiger, welche bey der Location wenig Aussicht zu ihrer Befriedigung haben, von dem schuldnerischen Vermögen, wenn es öffentlich verkauft wird, so viel käuflich an sich bringen, als ihre Forderung beträgt, und sich nunmehr durch die Ausflucht der Compensation zum Nachtheil der anderen besonders befriedigen. Daß man aber dem Gläubiger auf den Fall, wenn das Vorzugsrecht seiner Forderung unbezweifelt ist, die Compensation gestattet, geschieht um deswillen, weil alsdann die Bezahlung an die

Con-

Concurs-Masse seiner Seits nur unnütz seyn würde, indem er doch sein Geld hernach wieder erhalten müßte, es also besser ist, wenn ein solcher Gläubiger ganz aus dem Verzeichniß der übrigen Concurs-Gläubiger vertilgt wird.

8) In Meditat. ad Pandect. *Spec.* 173. Med. 4.

9) In princip. Prax. iur. Iudic. *L.* 2. *C.* 8. §. 10. *No.* 3.

10) In iurisprudent. forens. §. 932.

11) BERGER in Oeconom. Iuris *L.* 3. *T.* 15. §. 4. *No.* 5. Emelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 31. *Carl Fried.* WALCH in D. de compensatione in concursu creditorum §. 15., und in Introduct. in controvers. Iur. civilis *p.* 707. *Ioh.* LINDE in D. de compensatione in concursu creditorum §. 8. de WINKLER D. de Iure compensationis in concursu creditorum *p.* 4.

§. 140.

Fortsetzung.

Ferner:

11) Kommt auch hier der Fall in Betrachtung, wo der Schuldner des Cridarius nach ausgebrochenem Concurse zum Besten der Concursmasse Geld oder sonst etwas vorgestreckt, oder auch zum Besten derselben gearbeitet hat, nunmehr von dem Gütervertreter wegen desjenigen, womit er dem Schuldner verhaftet ist, belangt wird, und wegen seiner Anforderung an die Concursmasse die Ausflucht der Compensation entgegensetzt. Daß hier die Compensation als richtig zugelassen werden muß, leidet im mindesten keinen Zweifel. Denn die Forderung dieses Gläubigers macht eine Schuld der ganzen Masse aus, die nicht eher für berichtiget angesehen werden kann, als bis alle Schulden abgezogen sind. Der Schuldner des Cridarius, welcher

cher hier die Compensation vorschützt, ist als ein wirklicher Creditor massae zu betrachten, welcher schlechterdings, wie ich in dem Hauptstück von den Concursstrafen zeigen werde, aus der Masse befriediget werden muß, ehe noch einer von den Concurs=Gläubigern zur Perception gelangen kann. Wollte man also in diesem Fall die Compensation nicht zulassen, so würde offenbar eine unnütze Zahlung daraus entstehen, indem der Schuldner des Cridarius doch in der Qualität eines Gläubigers der Masse das Seinige unbezweifelt erhalten muß, es den Gläubigern daher völlig einerley seyn kann, ob er dieses jetzt, oder erst hernach bekommt, hingegen seiner Seits es wieder vortheilhafter ist, nicht zu zahlen, als hernach seinen Anspruch zu verfolgen. Auch das Concurs=Verhältniß kann hier gar nicht in Betrachtung kommen, indem dies nur einem wirklichen Concurs=Gläubiger, nicht aber einem Creditor massae an der Compensation hinderlich seyn kann [12]).

Von diesem Fall ist endlich noch

III) der Fall verschieden, wo jemand während des Concurses ein Schuldner der Concursmasse, und auch zugleich Gläubiger derselben wird, welcher ebenfalls in Erwägung gezogen zu werden verdient. Z. B. Cajus kauft bey der öffentlichen Veräußerung des schuldnerischen Vermögens etwas aus der Concurs=Masse, und schießt nun wieder Geld zum Besten der Masse vor. Er wird hierauf von dem Gütervertreter auf die Bezahlung des Kaufschillings belangt, und setzt demselben die Ausflucht der Compensation entgegen

Daß in diesem Fall, wenn nur sonst die gehörigen Erfordernisse zur Compensation vorhanden sind, die Compensation allerdings statt habe, ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, als das Concurs=

curs-Verhältniß nicht entgegen stehen kann, sondern bloß die gewöhnlichen Verhältnisse zwischen respective Schuldnern und Gläubigern eintreten [13]).

12) Gmelin a. a. O. §. 22. Walch a. a. O. Linde a. a. O. §. 10.

13) Ich setze jedoch sowohl in diesem als in dem Nr. II. enthaltenen Fall immer voraus, daß die nöthigen Erfordernisse zur Compensation überhaupt vorhanden sind. Wäre daher das, was der Concursmasse vorgestreckt worden, noch nicht exigibel, so würde der Creditor massae und respective Schuldner des Cridarius oder Schuldners der Masse zur Zahlung angehalten, und mit seiner Ausflucht der Compensation nicht gehört werden müssen.

§. 141.

Noch eine Bemerkung über die Ausflucht der Compensation beym Concurse, wenn solche von einem Concurs-Gläubiger dem Gütervertreter entgegengesetzt wird.

Wenn die Ausflucht der Compensation von einem Concurs-Gläubiger dem Gütervertreter, welcher ihn wegen einer Schuld, womit er dem Cridarius verhaftet ist, belangt, entgegengesetzt wird, und solche nach den obigen Grundsätzen nur zugelassen werden kann, so steht dem compensirenden Gläubiger dies nicht entgegen, daß er vielleicht bereits beym Concurse die Forderung an den Schuldner, die er gegenwärtig zur Compensation bringt, liquidirt hatte, indem er eines Theils von dem Concurs-Richter dazu aufgefordert war, andern Theils aber zu seiner desto größeren Sicherheit solche anzeigte. So wenig also nach den Gesetzen ihn dieses präjudicirlich seyn kann, eben so wenig enthält diese seine Handlung nach der Natur der Sache eine stillschweigende Verzichtsleistung auf die ihm zuständige Ausflucht der Compensation, von welcher er ja nicht eher Gebrauch machen konnte, als bis ihn der Gütervertreter auf die Bezahlung desjenigen, womit er dem Schuldner verhaftet war, belangte.

Wird ein Concurs=Gläubiger mit der Ausflucht der Compensation, die er dem Gütervertreter entgegensetzt, abgewiesen, weil es an den zur Compensation beym Concurse nöthigen Erfordernissen fehlt, so frägt es sich: was hat diese Abweisung in Ansehung der zur Compensation vorgeschützten Forderung für einen Effect? Ich unterscheide: Ob der Concurs=Gläubiger solche ebenfalls mit liquidirt hatte, oder ob solches nicht geschehen ist. Im ersten Fall, so kann er wegen dieser zur Compensation gebrachten Forderung noch immer seine Befriedigung beym Concurse verlangen, jedoch ist auch hier darauf Rücksicht zu nehmen, was nach den verschiedenen Fällen gilt, in welchen jemand mit der Einrede der Compensation abgewiesen wird [14]). Dahingegen im letztern Fall ist wieder zu unterscheiden, ob die Verwerfung der Einrede der Compensation zu einer Zeit geschahe, wo noch der Termin zur Liquidation offen stand, oder wo derselbe bereits verflossen war, und die Gläubiger, welche sich nicht mit ihren Ansprüchen gemeldet hatten, waren präcludirt worden. Im ersteren Fall muß ihm seine Forderung beym Concurse zu liquidiren noch gestattet werden, dahingegen er im letztern Fall wegen derselben nunmehr, als gänzlich von dem gegenwärtigen Concurse abgewiesen, zu betrachten ist, obgleich sein Recht gegen den Schuldner nicht dadurch erlöscht, sondern noch immer in der Folge, wenn derselbe wieder zu Kräften kommen sollte, anhängig gemacht werden kann.

14) Vortrefflich hat über diesen Punct Adolph Dietrich Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden in der sechsten Betrachtung gehandelt.

§. 142.

b) Vom Retentions=Recht beym Concurse der Gläubiger.

Wir verlassen hiermit die Lehre von der Compensation beym Concurse, und wenden uns zu einer andern

eben

eben so wichtigen Materie, nemlich zu der Untersuchung der Frage: Ob beym Concurse von einem Gläubiger das Retentions-Recht an einer dem Gemeinschuldner zugehörigen, oder demselben gebührenden Sache wegen seiner Forderung an denselben ausgeübet, und solches dem diese Sache abfordernden Gütervertreter zur Ausflucht entgegengesetzt werden könne? Die richtige Beurtheilung und Entscheidung dieser so schwierigen Frage setzt eine genaue Bekanntschaft mit den, vom Retentions-Recht überhaupt, geltenden Grundsätzen voraus, daher ich eben so, wie bey der vorigen Frage, davon das Nöthige voraufgehen lassen will. Es ist dieses auch hier um so nothwendiger, als selbst in Ansehung des Retentions-Rechts die Rechtslehrer in ihren Meynungen verschieden sind, und alles auf eine hinlänglich berichtigte Theorie vom Retentions-Recht ankommt, um davon hernach auf die vorliegende Frage Anwendung machen zu können.

Unter Retentions- oder Zurückbehaltungs-Recht versteht man die Befugniß, eine fremde, oder jemanden gebührende Sache, welche man besitzt, so lange zurückzuhalten, oder den Besitz derselben fortzusetzen, bis eine Schuld, womit einem entweder derjenige, welcher diese Sache fordert, oder ein dritter verhaftet ist, abgetragen worden [15]). Weil das Retentions-Recht nach dem davon gegebenen Begriff auf die Sicherung einer Forderung abzweckt, so läßt sich mit Gregor Majansius [16]) von der Retention überhaupt sehr gut sagen: omnes retentiones esse loco pignoris, so himmelweit auch sonst das Retentions-Recht, wenn man auf die Wirkungen Rücksicht nimmt, von dem Pfandrecht verschieden ist.

Das Retentions-Recht erfordert allemahl einen rechtmäßigen Grund, welcher sich aber so wenig aus dem

bloßen Besitz einer fremden, oder dem andern schuldigen Sache, als daraus ableiten läßt, daß man von demjenigen, welcher die Sache abfordert, oder von einem dritten etwas zu fordern hat. Denn dem Besitz, als Besitz, ist diese Wirkung von den Gesetzen nicht zugeeignet, und eben so wenig fließt sie daraus, daß man von dem andern etwas zu fordern hat, indem nach den Gesetzen ein jeder, der an den andern Ansprüche machen kann, solche gerichtlich, und nicht privata auctoritate verfolgen soll.

Es giebt nur einen dreyfachen rechtmäßigen Grund des Retentions-Rechts, und derjenige, welcher ohne demselben des andern Sache retinirt, ist zum Ersatz aller Schäden, und nach Umständen wohl gar des Interesse, gehalten [17]): nemlich Vertrag, letzte Willens-Verordnung, und ausdrückliche Disposition der Gesetze, daß jemanden in gewissen Fällen das Retentions-Recht soll zu statten kommen können; daher auch die Rechtslehrer das Retentions-Recht, in Rücksicht auf seinen Grund, in das conventionelle, testamentarische und gesetzliche eintheilen. Zu dem conventionellen Retentions-Recht muß nicht nur dasjenige Zurückbehaltungs-Recht gerechnet werden, welches vermittelst der ausdrücklichen Uebereinkunft der Contrahenten, zur Sicherung einer Schuldforderung bewilliget wird, sondern auch dasjenige, was durch die stillschweigende Einwilligung derselben seine Existenz erhält, wohin das, vermöge des Pfand- und Kauf-Contracts, dem respectiven Pfandgläubiger und Verkäufer zuständige Retentions-Recht gehört. Mit dem eigentlichen Pfandrecht ist das Recht die verpfändete Sache, so lange als die Schuld, weshalb die Verpfändung geschehen ist, noch nicht getilgt worden, zurückzuhalten dermaßen verbunden, daß es gleichsam als ein Bestandtheil des Pfandrechts angesehen werden kann, indem es bey der Abschließung des Pfand-Contracts, und der Uebergabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger demselben stillschweigend eingeräumet wird. Und gleiche Bewand-

wandniß hat es mit dem Fall, wo der Verkäufer an der verkauften Sache, bis zu der Bezahlung des Kaufpretiums das Retentions-Recht ausübt. Denn da nach den Gesetzen [18]) der Verkäufer die verkaufte Sache nicht eher, als nach Bezahlung des Kaufschillings zu übergeben verbunden ist, so ist es ein naturale des Kauf-Contracts, daß der Verkäufer, so lange ihm das Kaufpretium noch nicht entrichtet worden, an der verkauften Sache ein Retentions-Recht ausüben kann, in welches die Contrahenten also bey Abschließung des Kauf-Contracts stillschweigend gewilliget zu haben, angenommen werden müssen [19]).

Mit Uebergehung des conventionellen und testamentarischen Retentions-Rechts, dessen nähere Bestimmung aus dem Vertrag oder letzten Willen, woraus es entspringt hergeleitet werden muß, bemerke ich nur in Ansehung des gesetzlichen Retentions-Rechts: daß solches 1) immer einen rechtmäßigen Besitz voraussetzt [20]), und 2) den einzigen Fall im *L. un. C. Etiam ob chirographar. pecun. pign. teneri posse* ausgenommen, nicht anders ausgeübt werden kann, als wenn die Forderung mit der Sache in Verbindung steht, oder conner ist [21]).

Und nun noch ganz kurz zu den Wirkungen des Retentions-Rechts. Diese bestehen im allgemeinen darin, daß der Besitzer die Sache nicht eher fahren zu lassen braucht, bis er wegen der Forderung, in deren Rücksicht er selbige zu retiniren befugt war, befriediget ist. Die Befugniß, sich aus der Sache selbst seine Befriedigung zu verschaffen, gewährt das Retentions-Recht an und für sich nicht, es wäre denn, daß es mit einem andern Rechte verbunden wäre, welches diese Befugniß mit sich brächte, z. B. mit dem Pfandrecht; daher die Rechtslehrer das Retentions-Recht in ius retentionis simplex, und qualificatum eintheilen, und unter dem erstern das bloße Retentions-Recht nach den kurz zuvor angegebenen Wirkungen, unter dem letztern

aber dasjenige verstehen, welches ein Bestandtheil eines dinglichen Rechts, und zwar eines solchen ist, vermöge welchem der Inhaber sich wegen seiner Forderung aus der Sache, die ein Gegenstand des Retentions-Rechts ist, seine Befriedigung selbst zu verschaffen vermag. Uebrigens da der Inhaber bey einem gültigen Retentions-Recht einen rechtmäßigen Besitz vor sich hat, so stehen ihm auch alle Remedia retinendae, et recuperandae possessionis zu, und kann er denjenigen, welcher die Sache von ihm abfordert, mittelst der Ausflucht des Retentions-Rechts zurückweisen. Was jedoch dis letztere anbetrifft, so finden dabey noch mancherley nähere Bestimmungen statt.

Erstens, wenn derjenige, von dem der Innhaber auf die Herausgabe der Sache belangt wird, die Verbindlichkeit, bis zu deren Erfüllung er das Retentions-Recht ausüben kann, selbst zu erfüllen hatte, so kann diesem die Einrede des Retentions-Rechts ohne alle Einschränkung und mit der Wirkung entgegengesetzt werden, daß der Innhaber von dem Richter nicht eher zur Herausgabe der Sache angehalten werden kann, bis der Gegner die Verbindlichkeit erfüllt hat. In den Römischen Gesetzen [72]) kommt hier die Einrede des Retentions-Rechts, unter dem Namen exceptio doli (sc. generalis) vor.

Verlangte zweytens derjenige von dem Innhaber die Herausgabe der Sache, welcher ihm daran so lange, bis ein dritter eine gewisse Verbindlichkeit erfüllt hatte, entweder selbst das Retentions-Recht verwilliget hat, oder wenigstens das Factum desjenigen, von dem er diese Verwilligung erhalten hat, anerkennen muß, so kommt dem Innhaber die Ausflucht des Retentions-Rechts in gleicher Maaße, wie im vorigen Fall, und mit der Wirkung zu statten, daß derselbe so lange abgewiesen wird, bis er wegen seiner Forderung befriediget ist.

Wird endlich drittens die Sache von einem solchen, welcher die Verbindlichkeit, bis zu deren Erfüllung selbige

reti-

retinirt werden kann, zu erfüllen nicht schuldig ist, der auch wegen der Verbindlichkeit eines dritten an solcher weder selbst das Retentions-Recht verstattet hat, noch das Factum desjenigen, von dem der Inhaber dieses Recht verstattet erhalten hat, zu prästiren verbunden ist, vermöge eines ihm darauf zustehenden dinglichen Rechts in Anspruch genommen, so ist zu unterscheiden, ob das Retentions-Recht ein einfaches oder qualificirtes war. Im ersten Fall steht dem Inhaber die Einrede des Retentions-Rechts so lange zu, als der Gegner kein solches dingliches Recht erweisen kann, welches früher als das Retentions-Recht entstanden war [23]). In dem letzteren Fall kann der Inhaber nur gezwungen werden, die Sache einem solchen verabfolgen zu lassen, der entweder ein früheres, oder besseres dingliches Recht [24]), als er, aufzuweisen hat.

15) Vergleiche die vortreffliche Böhmersche Abhandlung de iure retentionis eiusque effectu in seinen Electis iuris civilis. *T. II. Exercit. XIII. §. 1.*

16) In Disputat. Iuris *Vol. I. Disp.* 28. *p.* 428.

17) Böhmer a. a. O. §. XIV.

18) *L.* 13. *§.* 8. *D. de act. emt. venditi. L.* 31. *§.* 8. *D. de edicto aedilitio.*

19) Böhmer a. a. O. *§. III.* und *IV.*

20) *L.* 1. *C. unde vi.*

21) Böhmer a. a. O. *§. IX.* Sehr gut hat Feselius in dem Versuch einer systematischen Darstellung des Retentions-Rechts, Halle 1790. §. 13 — 19. die Fälle auseinandergesetzt, wo man annehmen kann, daß eine Forderung mit der Sache, woran das Retentions-Recht ausgeübt werden soll, in Verbindung steht.

22) *§.* 30. *I. de rer. divis. L.* 27. *§.* 5. *L.* 48. *D. de act. emt. vendit. L.* 1. *pr. D. quib. mod. pign. vel hypothec. solvat. L. un. C. Et. ob chirographar. pecun. pign. teneri poss.*

 23) Z. B.

23) Z. B. wenn jemand die Sache in Anspruch nimmt, auf welchen der Schuldner, ehe noch das Retentions-Recht begründet wurde, daran ein Pfand- oder Eigenthums-Recht übertragen hatte. Denn war das Retentions-Recht schon begründet, so konnte er einem andern nicht mehr Recht an der Sache einräumen als er selbst hatte. Eine Ausnahme davon behauptet jedoch LEYSER in Medit. ad Pandect. *Spec.* 236. *Med.* 3. wenn nemlich die Sache sub hasta verkauft worden.

24) Aus diesem Grunde kann ein Pfandgläubiger, der ein öffentliches Pfandrecht hat, die Sache von demjenigen abfordern, welcher ein Privat-Pfandrecht hat, indem der Besitz des Pfandes keine Vorzüge gewährt. Sonst ist noch wegen dieses Puncts Faselius a. a. O. §. 24. nachzusehen.

§. 143.

Verschiedene Meynungen der Rechtslehrer,

A) Rechtslehrer, welche dem Concurs-Gläubiger das Retentions-Recht allgemein zugestehen.

Dies vorausgesetzt wollen wir uns mit der Untersuchung der oben vorgelegten Frage selbst beschäfftigen. Dies wird aber nicht füglicher geschehen können, als wenn wir zuvörderst die verschiedenen Meynungen der Rechtslehrer nebst ihren Gründen vortragen, und hernach zur eigenen Untersuchung und Beurtheilung schreiten.

Ueber die vorliegende Frage sind die Rechtslehrer in ihren Meynungen sehr getheilt. Einige gestehen dem Concurs-Gläubiger wegen seiner Forderung an den Gemeinschuldner, wenn nur sonst zum Retentions-Recht ein hinlänglicher Grund vorhanden ist, solches auch beym Concurse ganz allgemein, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es ein simples oder qualificirtes Retentions-Recht ist, zu. Dahingegen unterscheiden andere zwischen dem simplen und qualificirten Retentions-Recht, und räumen zwar dem Concurs-Gläubiger den Gebrauch des letztern, nicht aber des erstern ein. Andere endlich wollen das Retentions-Recht ohne Unterschied nicht beym Concurse zuläßig finden, sondern den

Con-

Concurs-Gläubiger angehalten wissen, die Sache herauszugeben, und sich wegen seiner Forderung an den Schuldner in den Concurs einzulassen, und zu erwarten, welcher Platz ihm hier werde angewiesen werden.

Was erstens diejenigen Rechtslehrer [25]) anbetrifft, welche dem Concurs-Gläubiger wegen seiner Forderung an den Gemeinschuldner den Gebrauch des Retentions-Rechts auch nach entstandenem Concurse ganz allgemein zugestehen, so bedienen sich diese folgender Gründe: 1) Durch den Ausbruch eines Concurses werde keinem Gläubiger etwas von seinen Gerechtsamen entzogen, mithin müßte auch das einem Gläubiger wohlerworbene Retentionsrecht beym Concurse in seiner Wirksamkeit verbleiben. 2) Alle den Gläubigern vermöge des Concurses zuständige Gerechtsame müßten EX IURE DEBITORIS beurtheilet werden, und könnten die Gläubiger — ihre Befugniß das schuldnerische Vermögen zu besitzen, und darüber zu ihrer Befriedigung Verfügungen zu treffen, möchte herrühren woher sie wolle — nicht mehrere Rechte an demselben erlangen, als der Schuldner selbst hätte. Nun aber stehe die Wirkung des Retentions-Rechts dem Schuldner dergestalt entgegen, daß derselbe, wenn er von dem Gläubiger die Sache, bevor er denselben befriediget hätte, abfordern wollte, mittelst der Exceptio doli abgewiesen werden könnte; mithin folglich müsse auch das Retentions-Recht eine gleiche Wirkung alsdann äußern, wenn die Gläubiger, oder vielmehr der Gütervertreter die Sache von ihm abfordern wollten, es wäre denn, daß einem oder mehreren Gläubigern ein vorzüglicheres Recht, und zwar ein solches auf der Sache zustünde, vermöge welches auch das Retentions-Recht außer dem Concurse entkräftet werde.

Böhmer, welcher diese Meynung vorzüglich vertheidiget, hält jedoch dafür, daß den andern Concurs-Gläubigern, durch das einem aus ihrem Mittel zuständige Retentions-Recht, die Befugniß nicht entzogen

werden könne, diese Sache zur Administration nebst den andern Gütern des Schuldners, abzufordern, indem mit der Ausübung des Retentions-Rechts die Administration der Sache, welche ein Gegenstand desselben ist, nicht nothwendig verbunden sey, sondern sich bey der Ablieferung der Sache zur Gütermasse sehr wohl die Aufrechthaltung des Retentions-Rechts gedenken lasse, und hier beym Concurse den Gläubigern das Recht, die Sache zur Administration abzufordern, nicht streitig gemacht werden könnte, indem ihnen der Concurs das Recht, die Güter des Gemeinschuldners zu administriren, verleihe, und diesem Recht das Retentions-Recht eines Gläubigers keinen Abbruch thun könne.

Gesteht gleich Böhmer dem Gläubiger wegen seiner Forderung das Retentions-Recht beym Concurse ohne allen Unterschied zu, so hält er doch dafür, daß das simple Retentions-Recht demselben wenig nützen könne, oder daß ich mich seiner eigenen Worte bediene — illud moto concursu fere *inane* fieri. Neque enim, sagt er, creditor ipse solutionem sui crediti ex re retenta exigere, neque tamen solutionis ex re retenta obtinendae facultatem a debitore obaerato, cui bonis interdictum est impetrare, neque hanc alia ratione, quam facta crediti professione, bonisque administrationi communi permissis, secundum ius et praerogativam crediti obtinere potest. Dahingegen das qualificirte Retentions-Recht ist nach seiner Behauptung dem Gläubiger äußerst vortheilhaft. Er gedenkt hier vorzüglich desjenigen Retentions-Rechts, welches als Anhang eines bewilligten Pfandrechts, nemlich eines Faustpfandes angesehen werden kann. Hier sagt er, könnte zwar den übrigen Gläubigern nicht das Recht abgesprochen werden, das Pfandstück zur öffentlichen Versteigerung abzufordern, weil sie ein Recht auf den Ueberschuß hätten, allein der innehabende Gläubiger sey befugt zu verlangen, daß er wegen seiner Forderung aus dem von

dem verkauften Pfande gelößten Gelde befriediget werde, indem Ulpian im *L.* 15. *§.* 5. *D. de re iudicata* ausdrücklich sage, daß der Zustand eines Pfandgläubigers, durch die von einem anderen Pfandgläubiger nachgesuchte Execution an dem Pfandstück, nicht verschlimmert, und derselbe die verpfändete Sache fahren zu lassen nicht eher angehalten werden solle, bis ihm das Seinige entrichtet worden, es wäre denn, daß er mit einem mehr bevorzügten oder älteren Pfandgläubiger in Collision geriethe.

25) Böhmer a. a. O. §. XX. und XXI. und die daselbst angeführten Rechtslehrer. Faselius a. a. O. §. 25.

§. 144.

B) Rechtslehrer, welche dem Concurs-Gläubiger nur den Gebrauch des qualificirten Retentions-Rechts beym Concurse zugestehen.

Ich komme **zweytens** zu denjenigen Rechtslehrern [26]), welche mit Verwerfung des **simplen Retentions-Rechts**, dem Gläubiger nur den Gebrauch des qualificirten **Retentions-Rechts** beym Concurse zugestehen, und will auch kürzlich die Gründe angeben, welcher sie sich zur Vertheidigung dieses Lehrsatzes bedienen. Das simple Retentions-Recht, sagen sie, kann dem Gläubiger nach dem Ausbruch des Concurses nichts nützen, indem er sich ja aus der Sache selbst seine Befriedigung nicht verschaffen kann, vielmehr solche auf einem gleichen Wege, wie jeder andere Concurs-Gläubiger, nemlich durch die Einlassung in den Concurs, und die richterliche Classification entgegen nehmen muß. Man würde also gradezu den Gesetzen entgegen handeln, wenn man ihm die Ausübung eines Rechts gestatten wollte, welches gegenwärtig in Ansehung seiner nicht nur ganz unnütz, sondern auch noch dazu für die andern Gläubiger nachtheilig wäre. Hierzu komme noch, daß sich wegen der, durch den Concurs veränderten lage, der Sache, von Seiten des Gläubigers keine bündige Ausflucht mehr annehmen

lasse, mittelst welcher sich derselbe bey seinem Retentions=Recht erhalten, und gegen die Ansprüche der Gläubiger schützen könnte. Denn die Exceptio doli welcher sich der Gläubiger hier bedienen müßte, könne zwar gegen den Gemeinschuldner selbst, wenn dieser die Sache vor geleisteter Zahlung abforderte, unmöglich aber gegen die Gläubiger gebraucht werden, indem sie hier nach ihrer individuellen Beschaffenheit ganz unanpassend seyn würde [27]).

Ganz anders hingegen verhalte sich die Sache, wenn das Retentions=Recht des Gläubigers ein qualificirtes Retentions Recht und ein solches wäre, vermittelst welchem er aus der Sache selbst sich befriedigen könnte. Hier sey 1) dieses Retentions=Recht dem Gläubiger nicht nur nützlich, indem er durch die Ausübung desselben die Gefahren des Concurses von sich ablehnen, und sich wegen seiner Forderung aus der Sache selbst bezahlt machen könnte; sondern es dürfte auch 2) demselben nicht von den übrigen Concurs=Gläubigern entzogen werden, indem der Concurs keinem Gläubiger solche Rechte entziehe, welche er vor dem Ausbruch desselben wohl erworben hätte, auch den Concurs=Gläubigern, wenn sie die Sache abfordern wollten, eben dieselben Ausflüchte entgegenstehen würden, welche dem Schuldner entgegenstanden, wenn sich dieser es hätte einfallen lassen, solche vor Tilgung der Schuld abzulangen, weil sie bey der Ausübung aller ihnen wegen des Concurses zuständigen Gerechtsame ex persona debitoris beurtheilet werden müßten.

Wenn insbesondere das Retentions=Recht als Anhang eines dem Gläubiger von dem Gemeinschuldner bewilligten Pfandrechts angesehen werden kann, so glauben sie, sey die Erhaltung des Gläubigers bey dem Retentions=Recht, auch nach dem Concurse, um so weniger einem Zweifel unterworfen, als wenn das Pfandrecht dem Gläubiger nur vor dem Ausbruch des Concurses von

dem

dem Schuldner verwilliget, und das Pfandstück übergeben worden, der Schuldner gültig gehandelt habe, und diese Verwilligung des Schuldners in ihrem ganzen Umfange von den Gläubigern anerkannt werden müßte. Nun aber werde durch eine solche Verleihung, wie hier unterstellt wird, dem Gläubiger nicht nur ein dingliches Recht zu seiner Sicherheit an der Sache eingeräumt, sondern auch der Besitz derselben und damit die Befugniß, die Sache bis zur erhaltenen Bezahlung zu besitzen, und sich daraus am Ende bezahlt zu machen; welches alles daher auch die Gläubiger gegen sich gelten lassen müsten. Zu alle dem komme noch die Verordnung der Gesetze [28]), nach welchen ein solcher Pfandgläubiger die Sache nicht eher aus seinen Besitz fahren zu lassen brauche, bis er befriediget worden, und sich in seinen Besitz gegen jeden, also auch gegen die Concurs-Gläubiger vertheidigen könne, ja vermöge seines Retentions-Rechts auch dann, wenn andere Pfandgläubiger die Sache zur Versteigerung brächten, vor allen aus dem Kaufgelde befriediget zu werden verlangen könnte [29]).

Der größte Theil dieser Rechtslehrer gesteht jedoch dem Pfandgläubiger das Retentions-Recht an der verpfändeten Sache nur in so ferne zu, als die Gerechtsame mehr bevorzügter Pfandgläubiger nicht damit in Collision gerathen. Indeß so fehlt es auch nicht an solchen Rechtslehrern [30]), welche dem Retentions-Recht des Pfandgläubigers eine so starke Wirkung beylegen, daß er sich desselben auch gegen ältere, und mehr bevorzügte Pfandgläubiger dermaßen bedienen könne, daß er vor allen diesen befriediget werden müßte, indem der Besitz der verpfändeten Sache schlechthin die Befugniß mit sich brächte, die Sache nicht eher fahren zu lassen, als bis man wegen seiner Forderung völlig befriediget sey [31]).

26) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 27. und 28. *Amand. Christian* DORN de Iure retentionis in concursu creditorum.

rum. *Kilon* 1764. Dieser letztere Rechtslehrer ist jedoch mit sich selbst nicht recht einig, und glaubt bald an die Wirkungen des simplen Retentions-Rechts, bald nicht.

27) Dieses letztern Arguments bedient sich vorzüglich Emerin a. a. O.

28) *L.* 15. §. 5. *D. de re iudic.*

29) Vergleiche *Ioh. Flor.* RIVINUS probl. Iuris de Iure pignoris moto concursu *Lipſ.* 1728. MEVIUS in decis. *P.* 2. *Dec.* 287. *p.* 3. *Dec.* 252. und 255. *P.* 5. *Dec.* 344. *P.* 7. *Dec.* 40. und 150. *No.* 4. STRYCK ad BRUNNEMANNI tract. de concursu creditor. proceſſ. *C.* 2. §. 6. *Paul Wilh.* SCHMIDT de iure retentionis circa pignus poſt motum concurſum in tantum ceſſante. *Ien.* 1759. *Auguſt* LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 231. *Med.* 1. *Fried. Eſaias* RUFFENDORFF *T.* 3. *Obſ.* 60. *Ad. Theophil.* KIND de iure retentionis in concurſu creditorum *Lipſ.* 1785. *Carl Fried.* WALCH Introd. in controverſ. iur. civil. *p.* 789.

30) RIVINUS *l. c.* §. 7. MEVIUS *l. c.* SRYCK *l. c.* *Leon. Henr. Lud. Georg* DE CANNEGIESSER deciſ. ſuprem. Tribun. Caſſel. *T. I. Dec.* 5. *No.* 7.

31) *L.* 9. §. 3. *D. de pignor. act. L.* 4. *C. de pignor. et hypothec.* Da die Rechtslehrer in Ansehung der dem Pfandgläubiger wegen seines Retentions-Rechts zustehenden Befugnisse so sehr in ihren Meynungen getheilt sind, so konnte es auch nicht fehlen, daß sie in Ansehung des Verhaltens eines solchen Pfandgläubigers beym Concurse ganz verschiedener Meynung seyn mußten. So gestehen nemlich einige von ihnen dem Pfandgläubiger das Recht zu, das Pfandstück nach seinem Belieben so lange zu besitzen als er will, solches nach seiner Willkühr zu veräußern und sich vom Kaufgelde bezahlt zu machen, übrigens aber sich gar nicht weiter um den Concurs, und um die Ansprüche der übrigen Gläubiger zu bekümmern. Dahingegen andere dem Pfandgläubiger die Verbindlichkeit auferlegen, das Pfandstück zur Concursmasse einzuliefern, und zuzugeben, daß es mit den übrigen Vermögensstücken des Schuldners öffentlich versteigert werde, indem 1) selbst Ulpian im *L.* 15. §. 5. *D. de re iudicata* dem Pfandgläubiger die Verbindlichkeit, die Sache zur Versteigerung bringen zu lassen, zuerkenne, sobald

bald ein anderer Pfandgläubiger sie in Anspruch nimmt, und 2) nach der Analogie dieses Gesetzes hier beym Concurse diese Verbindlichkeit dem Pfandgläubiger um deswillen allgemein aufliege, weil ja die andern Gläubiger doch ein Recht auf den Ueberschuß hätten, und der Pfandgläubiger weiter nichts als die Befriedigung wegen seiner Forderung verlangen, mithin den andern Gläubigern, wenn sie die Sache von ihm abforderten, diesem ihren Recht nichts entgegensetzen könnte. Vergleiche Schmidt in der angef. Dissertation §. 11. folgd.

§. 145.

C) Rechtslehrer, welche dem Concurs-Gläubiger allgemein das Retentions-Recht beym Concurse absprechen.

Und nun noch endlich drittens zu den Gründen derjenigen Rechtslehrer [32]), welche dem Concurs-Gläubiger generell das Retentions-Recht beym Concurse absprechen, und denselben nicht nur angehalten wissen wollen, die Sache zur Concursmasse einzuliefern, sondern sich auch in den Concurs einzulassen, und bey der Classification der Gläubiger, in der ihm von dem Richter zu bestimmenden Ordnung seine Befriedigung entgegen zu nehmen, ohne weiter irgend einen Vortheil seines Retentions-Rechts zu empfinden. Der Concurs-Gläubiger, sagen sie, kann sich nach dem Ausbruch des Concurses auf ein ihm sonst zuständiges Retentions-Recht um deswillen nicht mehr berufen, weil 1) durch den Concurs die Rechte der Gläubiger in so ferne gleich gemacht werden, daß keiner von ihnen, der aus dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners befriediget seyn will, sich diese seine Befriedigung besonders verschaffen kann, sondern dazu zu gelangen, die Einlassung in den Concurs und die richterliche Anweisung wählen muß. Werden nun aber durch den Eintritt des Concurses dem Gläubiger alle ihm sonst, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, erlaubte Wege verschlossen, so muß auch dies in Ansehung des Retentions-Rechts gelten, welches auf die besondere Befriedigung dieses Gläubigers abzweckt,

zweckt, und da diese wegfällt, ebenfalls dahin fallen muß. Ferner 2) so verändere auch der Eintritt des Concurses die ganze lage der Sache dergestalt, daß das Retentions-Recht eines Gläubigers, selbst nach der Vorschrift der Römischen Gesetze, nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte, indem das Retentions-Recht zu seiner Ausübung nicht allein eine gegründete Forderung, sondern auch eine solche voraussetze, deren gewisse Befriedigung man entgegensehen könnte, gegenwärtig aber dies, ob der Gläubiger wegen seines Anspruchs an den Schuldner befriediget werden könne, lediglich von der Größe und Zulänglichkeit der Concursmasse abhänge, mithin seine Forderung jetzt als eine bedingte angesehen werden müßte, wegen welcher das Römische Recht keine Retention zulasse [33]).

In Ansehung des qualificirten Retentions-Rechts, wenn solches ein Anhang eines constituirten Faustpfandes ist, bedient man sich, um den Gebrauch desselben dem Concurs-Gläubiger beym Concurse abzusprechen, noch insbesondere folgender Gründe: 1) die Gesetze untersagten einem Gläubiger ausdrücklich, nach entstandenem Concurse Bezahlung von dem Schuldner anzunehmen, und verpflichteten denselben, wenn er solche etwa erhalten haben sollte, das Geld zur Concursmasse zurückzuliefern; man würde also alle Analogie der Gesetze bey Seite setzen, wenn man dem Gläubiger die Befugniß einräumen wollte, dem Eintritt des Concurses ohnerachtet, das Faustpfand fort zu besitzen, und durch die Veräußerung desselben außer dem Concurse sich seine Befriedigung zu verschaffen. Denn der Grund, warum die Gesetze dem Gläubiger untersagten, nach entstandenem Concurse Zahlung von dem Schuldner anzunehmen, sey nach der deutlichen Erklärung der Gesetzgeber nicht sowohl dieser, weil dem Schuldner durch den Concurs die Disposition über sein Vermögen entzogen worden, als vielmehr der, weil die Rechte aller Gläubiger in Rücksicht auf ihre Befrie-

friedigung durch den Concurs in der Maaße gleich gemacht worden, daß keiner von ihnen, außer in der von dem Richter zu bestimmenden Ordnung, zu dem Seinigen gelangen könnte. Ferner 2) so falle auch der Grund des Besitzes der verpfändeten Sache, nemlich die Sicherung der Schuldforderung wegen des Concurses weg, indem diese nun allein aus der Größe der Masse und den Vorzügen der Gläubiger, nicht aber aus dem Besitz des Pfandes mehr entspringe, mithin sey auch nichts natürlicher, als daß das Retentions-Recht, und die damit in Hinsicht auf einem Pfandgläubiger verbundene Gerechtsame, ebenfalls wegfallen müßten. Zu allen diesen komme noch endlich, 3) daß wenn man dem Besitzer der verpfändeten Sache das Retentions-Recht, und die Befugniß sich daraus seine Befriedigung zu verschaffen, gestatten, und ihm wegen des Besitzes Vorzüge einräumen wollte, man eben so gut jedem andern Pfandgläubiger das Recht zugestehen müßte, die ihm verpfändete Sache zu verfolgen, und deren Besitz zu optiren, welches ihm doch gleichwohl nach ausgebrochenem Concurse aus dem Grunde verweigert werde, weil der Concurs alle besondere Befriedigung eines Gläubigers ausschließe [34]).

32) SALGADO DE SAMOZA in laboryntho creditorum concurrentium P. 1. *C.* 2. *No.* 1. und 2. Justus Clapproth vom Concurs-Proceß S. 56. *Dan.* NETTELBLADT Syst. element. Iurisprudent. pos. Germanor. commun. general. §. 820. *Ioh. Fried.* HESSE de creditore pignus ad massam concursus ante crediti solutionem conferre obligato. *Götting.* 1769. *Traugott* THOMASIUS de iure retinendi pignus in concursu creditorum *Lipſ.* 1774. Stepf systematische Lehre vom Contradictor §. 88. f. u. a. m.

33) Am ausführlichsten findet man diese Gründe bey Hesse a. a. O.

34) Hesse

34) Hesse a. a. O. §. X — XIV. Clopproth a a. O. Weil dem Gläubiger nach diesen Grundsätzen das Faustpfand beym Concurse keinen Nutzen gewährt, so räth Thomasius a. a. O. denselben zu seiner Sicherheit an, die Sache sub pacto retrovenditionis an sich zu kaufen, allein ihn hat sehr richtig widerlegt, MÜLLER in observat. pract. ad LEYSERI Meditation. *T. II. Fasc. II. Obs. CCCCLXIX. not. d.*

§. 146.

Prüfung dieser verschiedenen Meynungen und Resultate.

Prüft man diese verschiedenen Meynungen der Rechtslehrer mit einer der Wichtigkeit des Gegenstandes angemessenen Aufmerksamkeit, so gewinnt allemal die letztere Meynung vor der ersteren den Vorzug, obgleich wir auch ihr, wie die weitere Ausführung ergeben wird, nicht im ganzen Umfange unsern Beyfall geben können. Denn was die zweyte Meynung anbetrifft, nach welcher der Gläubiger beym Concurse zwar auf das qualificirte, nicht aber auf das simple Retentions-Recht Anspruch machen kann, so ist die Unrichtigkeit derselben so auffallend, daß es kaum eines Beweises bedürfte, wenn wir uns nicht vom Anfang an vorgenommen hätten, jede unserer Behauptungen mit Gründen zu unterstützen, und dies hier um so nöthiger wird, als diese Meynung, in so ferne sie das auf ein Faustpfand sich gründende Retentions-Recht betrifft, füglich als die gemeine Meynung angesehen werden mag. Man muß einem Gläubiger das Retentions-Recht beym Concurse, wenn nicht eine besondere Lage der Sache, wie ich hernach zeigen werde, etwas anderes erheischt, entweder allgemein zu- oder auch absprechen; — eine Distinction hat hier gar keinen Grund. Denn so ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde das qualificirte Retentions-Recht dem Gläubiger von dem simplen zugesprochen, und beym Concurse mehrere Vorzüge, als dieses genießen soll. Beyde 1) sowohl das simple als qualificirte Retentions-Recht,

sind wohl erworbene Rechte des Gläubigers — Rechte, die er schon vor dem Concurs hatte, und die beyde auf die Sicherung seiner Forderung abzwecken. Legt man also das Princip zum Grunde, daß der Concurs keinem Gläubiger seine wohl hergebrachten Rechte entziehen könne, so kann er durch den Eintritt des Concurses so wenig des simplen, als des qualificirten Retentions-Rechts verlustig werden. Es kann auch 2) dieses dem qualificirten Retentions-Recht keinen Vorzug verleihen, daß etwa vermöge des dinglichen Rechts, womit es verbunden ist, der Gläubiger sich aus der Sache selbst seine Befriedigung verschaffen kann, indem dieser Vorzug sich so wenig in den Gesetzen bestätiget findet, als er aus der Natur der Sache gefolgert werden kann, und ohne alle Unterstützung etwas zu behaupten zu den offenbarsten Ungereimtheiten gehören würde.

Am mehresten scheint noch beym ersten Anblick der Grund vorzuhalten, daß das simple Retentions-Recht dem Gläubiger nichts nützen könne, indem er doch aus der Sache selbst sich nicht zu befriedigen befugt, sondern die einzige Art und Weise zu seiner Befriedigung zu gelangen, diese sey, sich in den Concurs einzulassen, mithin wegen der Collision der weit stärkeren Gerechtsame der übrigen Gläubiger die Sache zur Concurs-Masse abzuliefern angehalten werden müßte. Allein auch dieser Grund ist so äußerst seicht, daß es mich wirklich wundert, wie man darauf verfallen können. Ist denn dem Retentions-Recht eine gewisse Zeit von den Gesetzen in Ansehung seiner Dauer vorgeschrieben? Bringt dasselbe nicht die Befugniß mit sich, die Sache so lange zurückzuhalten, bis der Innhaber wegen seiner Ansprüche befriediget ist? Hängt es endlich nicht von der Willkühr eines jeden Gläubigers ab, ob er beym Concurse seine Befriedigung nachsuchen, oder ob er die Besserung der Glücksumstände seines Schuldners abwarten, und alsdann auf seine Bezahlung gegen denselben klagen will? Wie ist

es also möglich zu behaupten, daß der einzige Weg des, eines simplen Retentions=Rechts genießenden Gläubigers zu seiner Befriedigung zu gelangen, dieser sey, sich in den Concurs einzulassen, und daß daher sein Retentions=Recht unbrauchbar werden müsse. — Und was die vorgeschobene Collision der stärkern Gerechtsame anderer Gläubiger anbetrifft, so sieht es mit dem Beweise derselben sehr windig aus, so lange man noch dem Gläubiger ein qualificirtes Retentions=Recht beym Concurse zugesteht. Denn die Befugniß der Gläubiger über das Vermögen des Schuldners zu ihrer Befriedigung zu disponiren, und daher alles dasjenige an sich zu ziehen, was zu denselben gehört, möchte wol nimmer als ein stärkeres und das simple Retentions=Recht des Gläubigers überwindendes Recht erwiesen werden können, und davon kann doch nur hier die Rede seyn, indem es sich schon von selbst versteht, daß das simple Retentions=Recht seine Kraft verliehren muß, sobald ein Gläubiger ein dingliches Recht an der Sache, welches dasselbe nach den obigen Grundsätzen zernichtet, darzuthun im Stande ist.

Am allerwenigsten bedeutet der Grund, dessen sich vorzüglich Gmelin [35]), um dem Gläubiger den Gebrauch des simplen Retentions=Rechts beym Concurse abzusprechen, bedient, nemlich weil er sich nach der gegenwärtigen Lage der Sache nicht derjenigen Ausflucht bedienen könnte, wenn er wegen der Sache in Anspruch genommen wird, welcher er sich doch eigentlich nach der Beschaffenheit seines Retentions=Rechts bedienen müßte, ich meyne der exceptio doli, indem er ja nicht von dem Schuldner, sondern von den Gläubigern in Anspruch genommen werde. Wenn die Gläubiger die Sache, welche der Gegenstand des, einem aus ihrem Mittel zuständigen simplen Retentions=Rechts ist, in Anspruch nehmen, und deren Abgabe zur Concurs=Masse verlangen, so können sie solches nicht anders, als vermöge des

dem

dem Schuldner daran zuständigen Eigenthums. Sie handeln also hier vermöge der activen Repräsentation des Schuldners, und wollen ein dem Schuldner zuständiges, auf ihren Vortheil abzweckendes Recht zur Ausübung bringen, dessen Anmaßung und Ausübung ihnen der Concurs verleiht. Muß nun, wie ich im ersten Hauptstück §. 77. erwiesen habe, vermöge der activen Repräsentation, der dritte, die Ausübung der schuldnerischen Rechte von den Gläubigern eben so gegen sich gelten lassen, als wenn der Schuldner sie selbst ausübte, so würde man die größte Ungerechtigkeit begehen, wenn man behaupten wollte, daß die Gläubiger nicht nöthig hätten die Ausflüchte die dem Schuldner entgegenstehen, wenn sie mit dessen Gerechtsamen handeln, gegen sich gelten zu lassen; und daß diesem die Ausflucht des Retentions-Rechts entgegenstehen würde, wenn er die Sache selbst abfordern wollte, wird doch wol niemand ableugnen. Handeln also die Gläubiger ex Iure debitoris, so muß gegen sie alles das gelten, was nur gegen den Schuldner selbst gelten kann.

35) in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger a. oben angef. Ort.

§. 147.

Fortsetzung.

Da wir in dem vorigen Paragraphen der zuletzt angezeigten Meynung der Rechtslehrer, welche den Gebrauch des Retentions-Rechts beym Concurse, in so ferne ein Gläubiger des Schuldners darauf Anspruch macht, gänzlich verwerfen, beygetreten sind, so kommt nun alles darauf an, daß wir diesen unsern Beytritt durch hinlängliche Gründe rechtfertigen, und zeigen, daß sich mit dem Concurs-Verhältniß die Aufrechthaltung des Retentions-Rechts eines Gläubigers durchaus nicht vereinbaren lasse, sondern vielmehr durch dasselbe

durchaus zernichtet werden müsse. Denn biethet das Concurs-Verhältniß keine hinlänglichen Gründe dar, um dem Gläubiger den Gebrauch des Retentions-Rechts abzusprechen, so ist alles verlohren, indem den Gläubigern, wie ich im vorigen Paragraph gezeigt habe, dieselben Ausflüchte entgegenstehen, welche dem Schuldner entgegenstunden, und sie eben so gut wie dieser von der Zurückforderung der Sache ausgeschlossen werden können.

Also aus dem Concurs-Verhältniß allein muß bewiesen werden, daß dem Gläubiger beym Concurse das Retentions-Recht nicht mehr zustehen könne, zu dessen Ausübung er doch sonst, und außer dem Concurse berechtiger gewesen wäre. Aber wie will denn dieses bewiesen werden, und wie läßt sich diese meine Behauptung mit dem oben festgesetzten Grundsatz, daß der Concurs keinem Gläubiger etwas von seinen wohlerworbenen Rechten entziehe, vereinbaren, worauf sich die Gegner vorzüglich stützen?

Wenn ein Concurs der Gläubiger entsteht, so muß in Hinsicht auf die Gläubiger schlechterdings eine zwiefache Gattung der ihnen zuständigen Gerechtsahmen unterschieden werden, nemlich erstens die Ansprüche an den Gemeinschuldner selbst, und zweytens die Mittel selbige zu verfolgen. Was die ersteren anbetrifft, so bleibt in Ansehung derselben der Grundsatz unumstößlich gewiß, daß diese durch den Concurs nicht zernichtet, ja auch nicht einmal im mindesten geschmälert werden können. Ganz anders verhält es sich hingegen in Ansehung der Mittel, welcher sich die Gläubiger zur Verfolgung ihrer Ansprüche an den Schuldner bedienen können. Hier erfolgt allerdings durch den Ausbruch des Concurses eine Einschränkung, und zwar eine mehr denn zu starke Einschränkung, welche darin besteht, daß kein Gläubiger einen andern Weg zur Erhaltung seiner Befriedigung einschlagen kann, als daß er beym

Con-

Concurse seine Forderung liquidirt, sich vom Richter classificiren läßt, und nun an dem ihm angewiesenen Platz, bey der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens auch das Seinige entgegennimmt, wenn er nichts anders die Beendigung des gegenwärtigen Concurs-Wesens, und die Erhohlung des Schuldners abwarten will, wo alsdann der Ausübung aller ihm zuständigen und auf die Erlangung seiner Befriedigung abzweckenden Rechtsmittel nichts entgegensteht.

Ich habe behauptet, daß durch den Concurs die dem Gläubiger sonst zuständigen, auf die Erhaltung seiner Befriedigung abzweckenden Rechtsmittel in Hinsicht auf ihren Gebrauch eingeschränkt würden. Nun liegt mir zweyerley zu erweisen ob: nemlich 1) zu zeigen, daß diese Einschränkung aus dem Concurs-Verhältniß nothwendig folge; und 2) daß auch solche die Ausübung des Retentions-Rechts, es möge dasselbe ein simples, oder qualificirtes Retentions-Recht seyn, betreffe. Den Beweis dieser beyden Puncte will ich jetzt übernehmen.

Was zuförderst den Punct, daß der Concurs den Gebrauch der den Gläubigern sonst zuständigen, auf ihre Befriedigung abzweckenden Mittel hemmt, und ihnen nur einen einzigen Weg dazu zu gelangen, nemlich die Einlassung in den Concurs, übrig läßt, anbetrifft; so läßt sich dieser sehr leicht erweisen, sobald man ihn nur näher berichtiget. Ich setze hier nemlich Gläubiger voraus, die jetzt, da der Concurs eingetreten ist, wegen ihrer Ansprüche an den Schuldner befriediget seyn wollen. Diese können nun von den ihnen sonst nach Gesetzen zuständigen Mitteln, zu ihrer Befriedigung zu gelangen, um deswillen nicht mehr Gebrauch machen, weil alle diese auf eine besondere Befriedigung abzwecken, die jetzt nach entstandenem Concurse nicht mehr zulässig ist, indem der Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger eine Connexität erzeugt, und diese wirkt, daß kein Gläubiger eher zu dem Seinigen gelangen kann, als bis

der Richter über die Vorzüge aller Gläubiger unter einander entschieden hat. Jeder Gläubiger also, der nach dem Ausbruch des Concurses aus dem vorhandenen Schuldnerischen Vermögen befriediget seyn, oder seine Ansprüche gegen ihn geltend machen will, muß durchaus die Einlassung in den Concurs und die richterliche Classification wählen, indem sein Anspruch mit den Ansprüchen anderer Gläubiger, wegen der Unzulänglichkeit des Schuldnerischen Vermögens collidirt, und daher auf die Vorzüge der Gläubiger Rücksicht genommen werden muß. Auch dies ist ja der Grund, warum die Gesetze selbst eine freywillige Zahlung nach dem Ausbruch des Concurses für ungültig erklären, und dem Gläubiger, der sie angenommen hat, zur Contribution angehalten wissen wollen, weil durch den Concurs die Rechte aller Gläubiger, in so ferne von ihrer Befriedigung die Rede ist, gleich gemacht werden.

Nun zum Beweise des zweyten Puncts, nemlich daß auch das Concurs=Verhältniß den Gebrauch des Retentions=Rechts ohne allen Unterschied hemmen muß, es möge solches ein simples, oder qualificirtes Retentions=Recht seyn. Das Retentions=Recht überhaupt, es mag ein simples, oder qualificirtes seyn, ist ein wahres remedium juris coactivum judiciale [36]), wenn man auf die daraus entspringende Ausflucht, deren Gebrauch und Wirkung Rücksicht nimmt. Indem der Gläubiger die Ausflucht des Retentions=Rechts, dem ihn auf die Herausgabe der Sache belangenden Gütervertreter, entgegensetzt, so verfolgt er dadurch seinen Anspruch gegen den Schuldner, und übt ein Rechtsmittel aus, welches auf seine besondere Befriedigung abzweckt. Er erklärt aber auch zugleich dadurch, daß er jetzt befriediget seyn will, und daß er so lange, als ihm diese Befriedigung nicht gereicht wird, sich an das Vermögensstück des Schuldners, welches er im Besitz hat, halten wolle. Wird nun aber die Ausübung aller einen Gläubiger sonst

auf

auf seine besondere Befriedigung abzweckender Rechtsmittel durch den Concurs gehemmt, weil die besondere Befriedigung selbst wegfällt, so muß auch die Ausübung des Retentions-Rechts nach der bekannten Rechts-Regel: Was vom Ganzen gilt, gilt auch von einzelnen unter dem Ganzen enthaltenen Stücken, wegfallen. Und da die Einrede des Retentions-Rechts vom Richter eben so wenig als jede andere besondere Verfolgung seines Anspruchs, welche ein Concurs-Gläubiger nach dem Ausbruch des Concurses vornimmt, berücksichtiget werden kann, so kann sich natürlich der Gläubiger nicht in dem Besitz der Sache erhalten, weil seine Schutzwehr dahin fällt, muß mitfolglich die Sache zur Gütermasse verabfolgen lassen.

36) NETTELBLADT in iurisprud. posit. German. comm. gener. §. 752.

§. 148.

Widerlegung derjenigen Rechtslehrer, welche dem Gläubiger beym Concurse die Ausübung des Retentions-Rechts verstatten.

Ich bin zu sehr davon überzeugt, daß meine Behauptung viele Widersprüche erfahren wird, und sehe mich daher genöthiget, denjenigen Rechtslehrern hier Schritt für Schritt zu begegnen, welche dem Gläubiger den Gebrauch des Retentions-Rechts beym Concurse, besonders des qualificirten einräumen. Ich will mich zuförderst auf die allgemeinern Gründe einlassen, und hernach versuchen, ob ich auch nicht diejenigen beyseitigen kann, welche man anführt, um den Gläubiger bey der Ausübung des qualificirten Retentions-Rechts, und insbesondere desjenigen aufrecht zu erhalten, welches mit einem Faustpfande verbunden, oder als Anhang eines Faustpfandes zu betrachten ist.

Man beruft sich 1) darauf, daß der Concurs keinem Gläubiger etwas von seinen wohlerworbenen Ge-

rechtsamen entziehen könne, mithin auch nicht die Ausübung eines rechtmäßig erworbenen Retentions-Rechts. Ich gebe den Vordersatz gerne zu, nicht aber die daraus gezogene Conclusion. Unterscheidet man, wie ich oben gethan habe, nur den Anspruch eines Gläubigers an und für sich selbst, und die Mittel zu demselben zu gelangen, so hebt sich die ganze Schwierigkeit, und steht dieser Grund nicht mehr entgegen. — Und daß einem Gläubiger durch den Concurs alle Mittel, welche auf die Erhaltung seiner besondern Befriedigung abzwecken, entzogen werden, und ihm bloß, wenn er von dem vorhandenen Vermögen des Schuldners, und jetzt befriediget werden will, weiter nichts, als die Einlassung in den Concurs übrig bleibt, darf ich doch wohl nicht erst strenge beweisen. Das Concurs-Verhältniß zeigt solches mehr, denn zu deutlich, und Gesetze und Gerichtsbrauch stehen dem zur Seite.

Man führt ferner 2) an: alle den Gläubigern vermöge des Concurses zuständige Gerechtsame müßten ex iure debitoris beurtheilet werden, mithin müßte ihnen auch, wenn sie die Sache von dem Gläubiger, der daran das Retentions-Recht hat, abforderten, dieselbe Ausflucht entgegenstehen, welche dem Schuldner entgegengesetzt werden kann, wenn dieser sich die Sache abzufordern einfallen lassen wollte. Der Vordersatz ist hier zwar nicht ganz richtig [37]); indeß da die Gläubiger sich, vermöge der ihnen durch den Concurs verliehenen Befugniß, bey der Abforderung der Sache eines Schuldnerischen Rechts bedienen, oder solche im Namen des Schuldners abfordern, so können wir ihn inzwischen in so ferne, und zusammt der Folge annehmen, und dem ohnerachtet auf unsere Behauptung bestehen.

Wir würden uns allerdings einer großen Inconsequenz schuldig machen, wenn wir behaupten wollten, daß den Gläubigern, welche hier in der Person des Schuldners handeln, nicht dieselben Ausflüchte und also

auch

auch die Ausflucht der Retention entgegengesetzt werden könnten, die dem Schuldner selbst entgegenstehen würden. Wir geben solches vielmehr gerne zu, und läugnen nur die Wirkung dieser Ausflucht, wegen der veränderten lage der Sache, und weil es keinem Gläubiger mehr frey steht, gegen den Schuldner seine besondere Befriedigung zu verfolgen, dies aber offenbar durch die Ausübung des Retentions-Rechts beym Concurse geschehen würde. Man wird, sobald man nur die Sache gehörig erwäget, sehr leicht den Unterschied zwischen dieser und einer andern Ausflucht, wodurch sich ein Gläubiger, der von dem Gütervertreter im Namen der Gläubigerschaft auf die Bezahlung von etwas, womit er dem Schuldner verhaftet war, belangt wird, von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu befreyen sucht, einsehen, indem der Gläubiger hier nicht besonders einen Anspruch gegen den Schuldner verfolgen, sondern vielmehr von dem Anspruch, der an ihn gemacht wird, sich befreyen will, und die ihm daher allerdings verstattet werden muß. Kann also, wie ich bewiesen zu haben glaube, die Ausflucht der Retention, wenn sie der Gläubiger dem Gütervertreter entgegengesetzt, als ein Verfolgungsmittel einer besondern Befriedigung von dem Richter nicht als wirksam angenommen werden, so ist davon die nothwendige Folge, daß der Gläubiger die Sache herausgeben, und wenn er wegen seines Anspruchs an dem Schuldner befriediget seyn will, sich in den Concurs einlassen muß. Denn nur vermöge des Retentions-Rechts konnte er sich in den Besitz der Sache erhalten, und dessen Wirkung wird nun durch den Concurs suspendirt.

37) Und zwar darum nicht, weil die Gerechtsame der Gläubiger anders abgeleitet werden müssen, und sie nur dann ex iure debitoris beurtheilet werden können, wenn sie den Schuldner active oder passive repräsentiren. Vergleiche das erste Hauptstück des ersten Theils.

§. 149.

Fortsetzung.

Und nun zur Widerlegung derjenigen Gründe, welcher man sich insbesondere außer jenen allgemeinern Gründen dazu bedient, um einen Gläubiger bey dem aus dem Faustpfand entspringenden Retentions-Recht zu erhalten. Ich werde dabey meine oben angeführten Argumente zum Grunde legen, und zeigen, daß auch solche nicht durch diese Gattung des Retentions-Rechts entkräftet werden können.

Zwischen einem Faustpfand, und einer Hypothek ist an und für sich kein wesentlicher Unterschied. Beyde gewähren dingliche Rechte zur Sicherung der Forderung — beyde räumen dem Gläubiger die Befugniß ein, sich an die verpfändete Sache zu halten, solche gegen jeden Besitzer zu verfolgen, und sich daraus bezahlt zu machen. Nur darin ist zwischen beyden eine Differenz anzutreffen, daß beym Faustpfand der Besitz der verpfändeten Sache dem Gläubiger eingeräumt wird, und damit zugleich das Recht, die Sache vor geleisteter Bezahlung nicht verabfolgen zu lassen, sondern bis dahin zu retiniren [38]). Ist die zum Faustpfand gegebene Sache noch einem andern Gläubiger verpfändet worden, und wird von diesem mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen, so entscheidet Ulpian im *L.* 18. *§.* 5. *D. de re iudicata* mit ausdrücklichen Worten, daß der Zustand eines Gläubigers, dem der Besitz des Pfandstücks eingeräumt worden, durch die von einem andern Pfandgläubiger daran nachgesuchte Execution nicht verschlimmert, sondern er, wenn er auch gleich den Verkauf des Pfandstücks nicht hindern kann, doch zuförderst von dem Kaufgelde befriediget werden soll. Quod si res, heißt es daselbst, sit pignorata, quae pignori capta est, videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore, superfluum in caussam iudicati convertatur. Et quam-

quam

quam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere: tamen in iudicati executionem servatur, ut si emtorem invenerit res, quae capta est, qui dimisso priori creditore solvere sit paratus, admittenda quoque sit, huius rei distractio: *nec videtur deterior fieri conditio creditoris suum consecuturi, nec prius pignus dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum.* Die Entscheidung dieses Gesetzes ist zwar sehr generell, und würde daher für den Pfandgläubiger, der das Pfand besitzt, auf allem Fall äußerst vortheilhaft seyn, muß aber wie Leyser [39]) richtig erinnert, darauf eingeschränkt werden, wenn der Gläubiger, der das Pfandstück in Anspruch nimmt, kein älterer, oder mehr bevorzügter Gläubiger ist. Denn ist er ein solcher, so kann der Gläubiger, der das Pfandstück besitzt, seine Befriedigung aus der Sache nicht vor ihm begehren, sondern hier tritt die Rang-Ordnung der Pfandgerechtigkeiten ein, indem das Faustpfand im Collisionsfall keinen Vorzug vor der Hypothek hat, und der Besitz an und für sich selbst den Vorzug in der Befriedigung des Pfandgläubigers nicht mit sich bringt.

Dies vorausgesetzt, ist nun nichts leichter zu beweisen, als daß dem Pfandgläubiger, welchem ein Faustpfand constituirt worden, beym Concurse ebenfalls das Retentions-Recht abgesprochen werden müsse. Ich gebe 1) zu: daß wenn dieses Faustpfand dem Gläubiger nur vor entstandenem Concurse gültig bestellt worden, die Gläubiger das Pfandrecht selbst nicht anfechten und umstoßen können, allein ich läugne 2) die daraus gezogene Consequenz, nemlich daß der Gläubiger an der verpfändeten Sache noch das Retentions-Recht ausüben, — daß die Entscheidung des **Ulpians** im *L.* 18. *§.* 5. *D. de re iudicata* hier angewendet werden könne, und behaupte, daß mit Aufrechthaltung des Pfandrechts, der Gläubiger angehalten werden müsse, die Sache zur Concurmasse abzuliefern, und sich in den Concurs einzumi-

zumischen, und classificiren zu lassen. Meine Gründe sind diese.

Mit dem Entstehen des Concurses erhalten die Pfandgerechtigkeiten der Gläubiger eine besondere lage. Diese besteht darin, daß zwar bey der Befriedigung der Gläubiger aus dem unzulänglichen Schuldnerischen Vermögen, auf das Pfandrecht, welches ein Gläubiger hat, Rücksicht genommen, und er deshalb andern Gläubigern vorgezogen werden, die Verfolgung des Pfandrechts aber durch die hypothekarische Klage um deswillen aufhören muß, weil solche auf eine besondere Befriedigung abzweckt, und diese wegen der unter den Forderungen aller Gläubiger entstandenen Connexität unzulässig ist. Diesem in der Natur des Concurses liegenden Satz steht auch der Gerichtsbrauch in so ferne zur Seite, daß nach dem Ausbruch des Concurses keinem hypothekarischen Gläubiger mehr gestattet wird, mittelst der hypothekarischen Klage das ihm verwilligte Pfandrecht zu verfolgen. Ist dies nun aber der Fall, so entsteht eine offenbare Ungereimtheit, wenn man dem Gläubiger der ein Faustpfand constituirt erhalten hat, das Retentions=Recht noch ferner verwilligen, oder die Entscheidung des Ulpians im *L.* 18. *§.* 5. *D. de re iudicata* zu seinem Vortheil anwenden will. Denn die Hypothek gewährt im ganzen eben dieselben Rechte, die das Faustpfand; — und dessen Verfolgung soll wegen der durch den Concurs hervorgebrachten Connexität unter den Forderungen aller Gläubiger gehemmt werden, warum also auch nicht die des Faustpfandes? Ist hier nicht der Grund völlig gleich? Was will der hypothekarische Gläubiger durch die Verfolgung der Hypothek? — Nichts anders, als daß ihm die verpfändete Sache eingeräumet werde, um sich daraus wegen seines Anspruchs befriedigen zu können. — Und was will der Inhaber eines Faustpfandes mit seiner Retention? — Ebenfalls nichts mehr, und nichts weniger als der hypothekarische Gläubiger mit der hypothekari=

karischen Klage. Wo also ein so gleicher Grund vorhanden ist, da muß doch wohl durchaus eine gleiche Entscheidung eintreten, oder man muß besondere Gründe vom Gegentheil angeben können, die ich bis dahin noch nicht einsehe.

38) *L.* 25. *D. de pignorib.*

39) In Meditat. ad pandect. *Spec.* 231. *Med.* 1.

§. 150.

Fortsetzung.

Wenn Ulpian im *L.* 18. *§.* 5. *D. de re iudicata* dem Gläubiger, welcher die verpfändete Sache besaß, vor einem gleichen Gläubiger, der sie ebenfalls wegen einer Verpfändung mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nahm, in so ferne den Vorzug einräumte, daß er vor diesen mit dem aus der Sache beym Verkauf gelößten Gelde befriediget werden sollte, so dachte er dabey gewiß nicht an den Concurs. Die ganze Fassung des Gesetzes ergiebt dies mehr denn zu deutlich, und überhebt mich eines weitläuftigen Beweises. Es wird darin eines im gemeinen Leben häufig vorkommenden Falls gedacht, wo der Schuldner einem Gläubiger ein Faustpfand an einer Sache bestellt, eben diese Sache einem andern Gläubiger verpfändet, und dieser nun wegen nicht geleisteter Zahlung die Sache mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nimmt, und auf die Uebergabe derselben, um sich daraus seine Befriedigung zu verschaffen, dringt. Hier geräth das Recht des die Sache besitzenden Pfandgläubigers, mit dem Recht desjenigen Gläubigers in Collision, der solche mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nimmt, und Ulpian erkennt ihm wegen des Besitzes in Hinsicht auf die Befugniß, aus der Sache die Befriedigung zu verlangen, den Vorzug zu. Daraus aber läßt sich noch keinesweges der Schluß ziehen, daß der Besitz der verpfändeten Sache immer dieses

Vor-

Vorrecht oder durchaus verleihe, hinfolglich auch beym Concurse, der Gläubiger sich desselben bedienen könne. Denn es ist unläugbar, daß dieses Recht auf eine vom Concurse abgesonderte Befriedigung geht, welche nach der Lehre eben des Ulpians im *L.* 6. §. 7. *D. quae in fraud. Cred.* nach ausgebrochenem Concurse durchaus nicht mehr zulässig ist [40]).

40) Aus dieser Ausführung erhellet, daß ich nur ein einziges Argument annehme, um dem Gläubiger den Gebrauch des Retentions-Rechts beym Concurse abzusprechen, nemlich — die unter den Forderungen aller Gläubiger durch den Concurs hervorgebrachte Connexität, und die daraus entspringende Folge, daß kein Gläubiger seinen Anspruch gegen den Schuldner mehr besonders verfolgen kann. Die andern Gründe, welche diejenigen Rechtslehrer, die ebenfalls diese Meynung vertheidigen, anführen, und womit ich den Leser §. 145. bekannt gemacht habe, sind größtentheils zu seicht, als daß man sich ihrer zur Vertheidigung dieser Behauptung bedienen könnte.

§. 151.

Eine Ausnahme von der Regel.

Nehme ich also gleich, wie aus dem vorgehenden ersichtlich ist, den Grundsatz an: daß einem Gläubiger nach entstandenem Concurse das Retentions-Recht wegen seiner Forderung an den Gemeinschuldner an einer demselben zugehörigen Sache, ohne Unterschied, es möge das Retentions-Recht ein simples oder qualificirtes seyn, nicht mehr verstattet werden könne, sondern er die Sache abzugeben, und sich, wenn er wegen seines Anspruchs jetzt befriediget seyn will, in den Concurs einzulassen angehalten werden müsse; so bin ich doch der Meynung, daß von diesem allgemeinen Satz in Ansehung desjenigen Retentions-Rechts, welches als ein naturale des Kaufcontracts anzusehen, und dem Verkäufer an der verkauften Sache so lange zuständig ist, bis ihm das Kaufpretium entrichtet worden, nothwendig

ein-

eine Ausnahme gemacht werden müsse. — Und dies — wegen der besondern Eigenschaft dieses Retentions-Rechts, und der ganzen lage der Sache, welche den Gebrauch desselben unterstützt — so unterstützt, daß die Gründe, welcher wir uns oben, um dem Gläubiger das Retentions-Recht abzusprechen, bedient haben, nicht durchzugreifen vermögend sind. Ich will mich bemühen, durch eine deutliche Vorstellungsart die Richtigkeit dieser Ausnahme zu rechtfertigen.

Der Fall, welchen ich hier unterstelle ist dieser: Der Gemeinschuldner erkauft etwas von dem Cajus, und bleibt das Kaufpretium schuldig. Unterdes tritt der Concurs ein, und nun will der Gütervertreter im Namen der Gläubigerschaft die vom Gemeinschuldner erkaufte Sache von dem Verkäufer abfordern, ohne das Kaufgeld zu entrichten. Hier frägt es sich kann er solches, und den Verkäufer zwingen, sich wegen des Kaufgeldes in den Concurs einzulassen, oder kann sich der Verkäufer des Retentions-Rechts, welches als ein naturale dem Kaufcontract anhängig ist, bedienen?

Nach den oben vorgetragenen Lehrsätzen scheint es beym ersten Anblick, als wenn der Verkäufer von dem Retentions-Recht keinen Gebrauch machen könne, weil es auch hier als eine besondere Verfolgung seines Anspruchs, den er an den Schuldner wegen des Kaufgeldes hat, angesehen werden kann. Allein sobald man nur die ganze lage der Sache in näherer Betrachtung zieht, so ist dies nicht der Fall, sondern der Verkäufer will sich durch das ihm zuständige Retentions-Recht blos bey seinem Eigenthum so lange conserviren, als bis er wegen des Kaufgeldes befriediget ist. Und hierzu berechtiget ihm die Natur des Kaufcontracts, indem kein Verkäufer eher angehalten werden kann, die verkaufte Sache zu übergeben, als bis er wegen des Kaufgeldes befriediget ist.

Nimmt man ferner auf die Gläubiger Rücksicht, so ergiebt es sich, daß auch diese nicht einmal ein Rechts-

mittel haben, vermöge welchem sie die erkaufte Sache von dem Gläubiger abfordern könnten. Denn auf allem Fall würden sie doch aus dem, dem Schuldner an der Sache zuständigen Recht handeln müssen. Das Eigenthum an der erkauften Sache aber, erwirbt der Käufer einer Sache in der Regel vor dem Abtrag des Kaufgeldes nicht, mithin konnte auch hier der Gemeinschuldner solches noch nicht erworben haben, und daher auch den Gläubigern nicht die aus dem Eigenthum entspringende Reivindication zuständig seyn. Mit der aus dem Kaufcontract entspringenden Klage können sie zwar den Verkäufer auf die Uebergabe der Sache belangen, weil hierzu der Gemeinschuldner befugt war, allein die Natur dieser Klage bringt es mit sich, daß der Käufer entweder das Kaufgeld bereits bezahlt hat, oder sich doch auch, indem er selbige anstellt, zur Entrichtung desselben erbieten muß [41]), mithin muß eben dieses auch von den Gläubigern bey Anstellung dieser Klage beobachtet werden.

Unter diesen Umständen aber müssen sie nicht nur das Retentions=Recht des Verkäufers selbsten zugestehen, sondern denselben auch wegen des Grundes seines Retentions=Rechts befriedigen.

Wenn man diesen Fall mit andern Fällen, wo das Retentions=Recht beym Concurse zur Frage kommen kann, genau zusammenhält, so bin ich davon überzeugt, daß man zwischen dieser meiner Entscheidung, und der vorhergehenden keinen Widerspruch antreffen wird. In allen andern Fällen, wo der Gläubiger das Retentions=Recht ausüben will, wird immer ein Eigenthum des Schuldners an dieser Sache vorausgesetzt, und von den übrigen Gläubigern die Sache mittelst dieses Eigenthums=Rechts in Anspruch genommen; der Gläubiger aber vertheidiget sich mit der Ausflucht des Retentions=Rechts, aus dem Grunde, weil er einen Anspruch an den Schuldner hat, den er durch den Besitz der Sache, entweder

sichern,

sichern, oder sich doch dadurch zur Befriedigung verhelfen will. Hier wird hingegen eine Sache, woran der Schuldner noch kein Eigenthums-Recht, sondern blos ein Recht aus dem Kaufcontract hatte, mit der demselben zuständigen actio emti von den Gläubigern in Anspruch genommen, mit einer Klage, deren gültige Anstellung es nothwendig mit sich bringt, daß das Kaufgeld entweder schon entrichtet ist, oder doch zugleich mit offerirt wird, widrigenfalls die ganze Klage an und für sich schon nichtig ist. Ferner in allen andern Fällen beruft sich der Gläubiger auf einen Anspruch an den Schuldner, hier aber führt er bloß einen Umstand, nemlich daß das Kaufpretium noch nicht bezahlt sey, an, welcher wirkt, daß die ganze Klage an und für sich schon dahin fallen muß. Indem er diesen Umstand für sich anführt, verfolgt er nicht gradezu seine Befriedigung, oder beruft sich darauf, daß ihm erst der Schuldner eine Forderung entrichten müsse, sondern er behauptet bloß, daß nach der Natur der Klage selbige nicht eher statt haben könne, als bis etwas geleistet worden, was diese Klage nothwendig voraussetze.

41) *L. II. §. 2. D. de act. emti venditi.* Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 894.

§. 152.

Untersuchung, was in Ansehung des vor dem Eintritt des Concurses immittirten Gläubigers Rechtens ist.

Aus den bisher vorgetragenen Lehrsätzen muß auch die Frage entschieden werden: was in Ansehung des vor dem Eintritt des Concurses in eins der Schuldnerischen Vermögensstücke immittirten Gläubigers Rechtens ist. Vorzüglich kommt hier der Fall in Betrachtung, wo vor dem Entstehen des Concurses ein Gläubiger in eine dem Schuldner zugehörige Sache, zu dem Ende, daß ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Schuldner soll exequirt wer-

werden, immittirt ist, und durch diese Immission ein Prätorisches Pfandrecht und die Befugniß erhalten hat, den Schuldner zu vertreiben, und sich nach und nach wegen seines Capitals und der Zinsen zu befriedigen, oder auch die Sache zur Subhastation zu bringen und sich von dem Kaufgelde seine Befriedigung zu verschaffen. Hier frägt es sich: wenn ein solcher immittirter Gläubiger, sich vor dem Ausbruch des Concurses, entweder aus den Früchten, oder durch die Veräußerung der Sache noch nicht befriediget hatte; ob er jetzt, da der Concurs seinen Anfang genommen, noch den Besitz der Sache fortsetzen, und sich der durch die Immission ihm zu Theil gewordenen Befugnisse noch ferner bedienen könne; oder ob er die Sache, worin er immittirt ist, zur Concursmasse wieder abgeben müsse?

von Cramer [42]) gesteht dem immittirten Gläubiger das Recht zu, des Concurses ohnerachtet, in der ihm durch die Immission erworbenen Befugniß fortzufahren, und sich nicht weiter an den Concurs zu kehren. Dahingegen unterscheidet von Trützschler [43]): Ob die übrigen Gläubiger in die Fortsetzung der durch die Immission erworbenen Rechte dieses Gläubigers willigen, oder nicht. Im ersten Fall gesteht er sie dem immittirten Gläubiger zu, spricht ihm jedoch allen weitern Anspruch an der Concursmasse ab, wenn die Sache, worin er immittirt ist, nicht zu seiner Befriedigung zureichen sollte. Im letztern Fall hingegen, hält er ihm zwar für verbunden, die Sache zur Concursmasse abzugeben, glaubt jedoch, daß er in solchem Fall darauf bestehen könne, vor allen andern Gläubigern aus dieser Sache bezahlt zu werden.

Ich halte mich völlig davon überzeugt, daß sogleich mit dem Ausbruch des Concurses alle den immittirten Gläubigern durch die Immission erworbenen Befugnisse aufhören, und sie zur Ablieferung dieser Sache zur Concursmasse angehalten werden müssen. Ich unterstütze diese meine Behauptung durch folgende Gründe.

Die

Die Immission eines Gläubigers in eine dem Schuldner gehörige Sache, welche iudicati exequendi caussa geschieht, zweckt auf die besondere Befriedigung dieses Gläubigers ab. Sobald aber ein Concurs entstanden ist, hört jede besondere Befriedigung eines Gläubigers auf, und tritt die allgemeine Befriedigung aller Gläubiger, in einer von dem Richter zu bestimmenden Ordnung an deren Stelle. Hat also der immittirte Gläubiger, von seiner ihm durch die Immission erworbenen Befugniß, noch keinen Gebrauch gemacht, so kann er nun nicht mehr davon Gebrauch machen, sondern muß die Sache fahren lassen, und den durch den Concurs veranlaßten einzigen Weg zu seiner Befriedigung einschlagen. Es steht auch hier nicht entgegen, daß er durch richterliche Hülfe diese Befugniß wohl erworben hatte, indem es einmal für allemal ein ausgemachter Grundsatz beym Concurse ist, daß alle Mittel, welche einem Gläubiger sonst zur Erlangung seiner besondern Befriedigung zustehen, durch den Ausbruch des Concurses gehemmt werden, sie mögen ihm erworben seyn, auf welche Art und Weise sie wollen. — Und hinfolglich kann auch die richterliche Immission nach dem Ausbruch des Concurses keine fortdaurende Wirkung haben.

Das, was ich hier von einem immittirten Gläubiger behauptet habe, muß auch von einem solchen Gläubiger gelten, welcher vermittelst der hypothekarischen Klage den Besitz der ihm verpfändeten Sache, vor entstandenem Concurse eingeräumt erhalten hat, um sich daraus seine Befriedigung zu verschaffen. Hat ein solcher Gläubiger sich zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, noch nicht durch die Veräußerung der Sache seine Befriedigung verschafft, so muß sie von ihm aus den mehrgedachten Gründen wieder zur Concursmasse abgegeben werden, oder wenigstens das Geld restituirt werden, wenn der Verkauf nach dem Eintritt des Concurses geschehen seyn sollte [44]).

42) In

42) In observat. T. 2. P. 1. Obs. 449.

43) In der Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger §. 31.

44) Da ein Gläubiger, welcher eine verpfändete Sache besitzt, so wie er von dem Concurse über des Schuldners Vermögen Nachricht erhält, darauf bedacht zu seyn pflegt, sich der Sache so schleunig als möglich zu entschlagen, so hat der Richter sowohl, als der Gütervertreter, darauf genau zu achten; ob solches vor, oder nach dem Ausbruch des Concurses geschehen ist. Im letzten Fall muß derselbe allerdings zur Herausgabe des dafür gelößten Geldes angehalten werden.

§. 153.

Ueber das Verhältniß eines Pfand- oder immittirten Gläubigers bey der Restitution der Sache zur Concursmasse.

Es sey mir noch erlaubt, über das Verhältniß eines Pfand- oder immittirten Gläubigers einige Bemerkungen hinzuwerfen, wenn nemlich dieser, vermöge der oben entwickelten Grundsätze, die Sache des Schuldners, die er im Besitz hat, an die Concursmasse abgeben muß.

Was zuförderst den Besitzer eines Faustpfandes anbetrifft, so pflegt sich häufig der Fall zu ereignen, daß die demselben zum Unterpfande gegebene Sache eine fruchtbringende Sache ist. Hier ist der Pfandgläubiger nach den Gesetzen berechtiget, die Früchte zu ziehen, und sie zuerst auf die Zinsen, hernach aber auf das Capital abzurechnen [45]). Kommt nun der Fall beym Concurse vor, daß ein Pfandgläubiger eine fruchtbringende Sache von dem Schuldner zum Unterpfand erhalten hat, so braucht er zwar bey der Restitution der Sache, diejenigen Früchte nicht mit zu restituiren, welche er vor dem Ausbruch des Concurses percipirt hat, indem er diese auf Capital und Zinsen nicht nur abrechnen kann, sondern auch selbige sogleich bey ihrer Erhebung, das Capital ipso iure jedesmal mindern; die nach dem Aus-

Ausbruch des Concurses hingegen percipirten Früchte ist er zur Concursmasse mit abzuliefern verbunden, weil mit dem Concurse alle particuläre Befriedigung aufhört, und dahin auch diese Befugniß des Pfandgläubigers gerechnet werden muß [46]).

Ein gleiches gilt zweytens von dem in einer fruchtbringenden Sache des Schuldners immittirten Gläubiger, wenn dieser die ihm durch die Immission gewordene Befugniß, sich aus den Früchten der Sache zu befriedigen, angefangen hat. Dieser ist ebenfalls die vor entstandenem Concurse percipirten Früchte auf seine Forderung abzurechnen berechtiget, dahingegen er die nach dem Ausbruch des Concurses percipirten Früchte mit der Sache an der Concursmasse zurückgeben muß. Denn mit dem Concurs hört die Wirkung der Immission, wie ich oben gezeigt habe, auf; hinfolglich muß auch die damit verbundene Befugniß wegfallen.

45) *L.* 9. §. 4. *D. de pignerat. action. L.* 1. 3. und 12 *C. eod. Io. Aug.* HELLFELDT, Iurisprud. forenſ. §. 865.

46) *Ioh. Fried.* HESSE de creditore pignus ad maſſam concurſus ante crediti ſolutionem conferre obligato §. XVII.

§. 154.

Von den von einem Fauſtpfands- oder immittirten Gläubiger auf die Sache verwandten Unkoſten.

Häufig trifft es ſich, daß ein Pfand- oder immittirter Gläubiger auf die Sache des Schuldners, deren Beſitz ihm eingeräumt worden, einen Koſtenaufwand gemacht hat, und dann frägt es ſich: was in Anſehung deſſelben Rechtens iſt, wenn nun der Concurs ausbricht, und der Gläubiger die Sache zur Maſſe abgeben muß. Es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß er dieſe Koſten, in ſo ferne er überhaupt nur deren Erſatz zu verlan-

gen berechtiget ist, beym Concurse liquidiren könne; allein davon ist hier nicht die Rede, sondern vielmehr davon: ob er von dem Ueberschuß der Früchte, die er aus der Sache, welche er jetzt restituiren muß, percipirt hat, den Kostenaufwand abzuziehen befugt sey, und ferner, in welcher Qualität er da, wo diese Tilgung nicht zureicht, beym Concurse auftreten könne?

Hesse [47]) macht einen Unterschied zwischen solchen Kostenaufwand, welcher vor dem Ausbruch des Concurses, und solchen, welcher nachher geschehen ist. Was den erstern anbetrifft, so glaubt er, daß dem Gläubiger, in so ferne nach allgemeinen Grundsätzen vom Kostenersatz die Vergütung des Kostenaufwandes gefordert werden kann, es frey stehen müsse, solchen bey der Restitution der Sache von dem Ueberschuß der Früchte abzuziehen, welche er vor dem Ausbruch des Concurses erhoben hätte. Dahingegen in Ansehung des letztern müsse sich zwar der Gläubiger in den Concurs einlassen, könne aber alsdann, wenn die Sache durch den Aufwand so verbessert worden, daß die Masse davon einen ansehnlichen Gewinn erhalten, nicht nach den Grundsätzen von einem ordentlichen Concurs-Gläubiger beurtheilet werden, sondern sey vielmehr als ein wirklicher Creditor massae anzusehen, der voraus befriediget werden müßte, ehe noch ein anderer Gläubiger etwas bekommen könnte.

Ich finde zwar im Ganzen gegen diese Lehrsätze nichts zu erinnern, nur bin ich fest davon überzeugt, daß der Gläubiger, wenn die Früchte nicht zureichen, und er sich in den Concurs wegen des Kostenaufwandes einlassen muß, nie als ein Creditor massae angesehen werden könne, sondern immer bloß die Eigenschaft eines simpeln Concurs-Gläubigers habe. Denn der *L.* 5. und 6. *D. qui potiores in pignore*, worauf man sich bey dieser Behauptung beruft, beweißt nichts, sondern redet bloß von dem Vorzug des Pfandrechts, welches man da-

dadurch, daß man zur Erhaltung einer Sache Geld vorgeschossen, erworben hat. Das Gesetz kann also, wie jeder ohne mein Erinnern einsieht, nicht gradezu oder directe auf den vorliegenden Fall angewendet werden, und auch eine analogische Anwendung kann hier nicht statt haben, man wollte denn die Analogie mit den Haaren herbeyziehen. Das Gesetz redet von mehreren, die an der Sache ein Pfandrecht haben, und giebt nun demjenigen Pfandgläubiger in der Befriedigung den Vorzug, welcher sein Pfandrecht daher erworben, daß er zur Erhaltung der Sache Geld vorgeschossen hat, und zwar ohne allen Zweifel darum, weil sonst mit dem Untergang der Sache auch alle darauf haftende Pfandrechte zugleich mit würden verlohren gegangen seyn, die übrigen Gläubiger diesen Gläubiger hinfolglich, als den Erhalter der Sache anzusehen haben. Würde, dies vorausgesetzt, es nicht offenbar ungereimt seyn, wenn man, vermöge einer so ganz gewaltthätig herbeygezogenen Analogie, dem Gläubiger, welcher auf die bisher besessene Sache einen für die Gläubiger vortheilhaften Aufwand gemacht hätte, deshalb die Vorausbefriedigung beym Concurse gestatten wollte, indem das Gesetz von der Rangordnung der Hypotheken unter einander spricht, und immer dingliche Rechte voraussetzt, die doch der Gläubiger wegen seines gemachten Aufwandes nicht erhält, wenn er auch gleich dadurch die Sache vom Untergang gerettet hätte.

47) a. a. O. §. *XVIII.* und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

§. 155.

Vom Retentions-Recht eines Dritten, welcher nicht Gläubiger ist, beym Concurse.

Zu der vorliegenden Materie gehört auch noch die Untersuchung der Frage: in wie ferne jemanden, der wegen seiner Anforderung an einen an-

anderen, als den Gemeinschuldner, an einer demselben zugehörigen Sache das Retentions-Recht verwilliget erhalten hat, dasselbe noch nach dem Ausbruch des Concurses zustehe? — eine Frage, die ich nur von wenigen Rechtslehrern berührt, und noch von weit weniger entschieden gefunden habe; vermuthlich weil sie von den meisten Rechtslehrern nicht einmahl für eine Frage gehalten worden, indem der Streit über das Retentions-Recht und dessen Ausübung beym Concurse, nur eigentlich den Fall betrifft, wo ein Gläubiger des Schuldners selbst darauf Anspruch macht. Nur Faselius in dem oben bereits mehrmahls angeführten Versuch einer systematischen Darstellung des Retentions-Rechts hat §. 25. und 26. diesen Punct etwas weitläuftiger berührt. Er unterscheidet: ob das jemanden wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, an einer dem Schuldner gehörigen Sache zuständige Retentions-Recht ein simples oder qualificirtes ist. In dem ersten Fall glaubt er, könne sich derselbe des Retentions-Rechts nach entstandenem Concurse nicht mehr bedienen, sondern müsse die Sache zur Concursmasse abliefern, indem 1) den Gläubigern nicht zugemuthet werden könne, daß sie daraus, weil ein Dritter etwa mit Erfüllung seiner Verbindlichkeit zaudert, Nachtheil empfinden sollen, und 2) der Zurückhalter durch die Herausgabe der Sache keinen Nachtheil erleide, indem das Recht, die Erfüllung der Verbindlichkeit von seinem Schuldner zu verlangen, ihm unverlohren sey.

Dahingegen im zweyten Fall, und wenn dem Dritten ein Pfandrecht zusteht, unterscheidet er: Ob eine Bedingung erfüllt werden muß, ehe gesagt werden kann, daß der Dritte zu etwas verbunden sey oder nicht. Im ersten Fall spricht er dem Innhaber das Retentions-Recht wider die Gläubiger des gemeinen Schuldners,

ners, wenn sie die Ablieferung der Sache zur Concursmasse verlangen, ab, weil es doch noch ungewiß sey, ob er von dem Dritten etwas werde fordern können, mithin die Gläubiger des Gemeinschuldners wegen eines größern Interesse die Sache abgeliefert verlangen könnten. Im andern Fall hingegen unterscheidet er weiter: ob das Pfandrecht entweder dergestalt verwilliget worden, daß der Innhaber sich nur alsdann, wenn der Schuldner insolvend seyn würde, daran soll halten können, oder nicht. Ist das erstere, so glaubt er, könne sich der Innhaber zwar dann auf das Retentions-Recht berufen, wenn der Schuldner insolvend sey, nicht aber, wenn er von demselben seine Befriedigung erhalten könnte, sondern hier müßte er die Sache zur Concursmasse abliefern. Dahingegen, wenn das Pfand nicht unter dieser Bedingung ertheilt worden, so komme alles darauf an, ob der Schuldner in mora sey, oder nicht. Befinde er sich in mora, so habe der Innhaber ein gegründetes Recht das Pfand zu veräußern, und sich davon bezahlt zu machen, mithin sey er auch nicht verbunden, es an die Concursmasse abzuliefern. Befinde sich hingegen endlich der Schuldner nicht in mora, so könnten die Gläubiger verlangen, daß demselben ein kurzer Zahlungstermin vom Richter bestimmt werde. So lange als dieser noch noch nicht abgelaufen, stehe dem Inhaber das Retentions-Recht zu, nach dessen Ablauf aber könnten die Gläubiger auf die Ablieferung der Sache, und darauf dringen, daß solche ins Geld gesetzt werde, wobey jedoch der Innhaber von dem gelößten Gelde zuvor seine Befriedigung erhalten müßte.

§. 156.

Fortsetzung.

Will man die vorliegende Frage richtig entscheiden, so ist eine vorhergehende genaue Berichtigung derselben

durchaus nothwendig. Wir setzen bey dieser Frage nemlich voraus, daß keinem Concurs-Gläubiger an der Sache des Schuldners, woran jemand wegen der Verbindlichkeit eines Dritten das Retentions-Recht ausüben will, ein Recht zuständig ist, vermöge welchem das Retentions-Recht an sich schon entkräftet werden muß, sondern solche von den Gläubigern bloß aus der allgemeinen, durch den Concurs ihnen erworbenen Befugniß, über das Schuldnerische Vermögen zu ihrer Befriedigung zu disponiren, in Anspruch genommen wird. In dieser Hinsicht aber glaube ich, läßt es sich überall schwer vertheidigen, daß der Innhaber der Sache des Retentions-Rechts durch die Entstehung des Concurses verlustig gehen könne. Denn so fallen 1) alle die Gründe hier gänzlich weg, vermöge welcher man einem Concurs-Gläubiger das Retentions-Recht nach dem Ausbruch des Concurses absprechen muß, indem hier das Concurs-Verhältniß nicht in Betrachtung kommen kann, sondern vielmehr von den Gerechtsamen eines Dritten die Rede ist, wo die Gläubiger sich nicht größere Rechte anmaßen können, als der Schuldner selbst hatte. — Und will man 2) das durch den Concurs erworbene Recht der Gläubiger, sich aus dem Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung zu verschaffen, als ein stärkeres Recht, wie das Retentions-Recht des Dritten, besonders wenn solches nur ein simples Retentions-Recht seyn sollte, ansehen, und aus diesem Grunde ihm den Gebrauch desselben nach der Regel — ius fortius vincit debilius, absprechen, so sehe ich auch noch nicht ganz ein, wie man erweisen will, daß das Recht der Gläubiger als ein stärkeres Recht angenommen werden müsse. In den gemeinen Rechten findet sich noch überall keine deutliche Entscheidung darüber, welches Recht im Collisionsfall als das stärkere, und welches als das schwächere angesehen werden soll, sondern nur in einzelnen Fällen finden sich gesetzliche Bestimmungen über diesen Punct, die auch

kaum

kaum einmahl analogisch angewendet werden können. Insbesondere aber fehlt es hier beym Concurse an aller gesetzlichen Verfügung, woraus in Ansehung dieses Puncts etwas bestimmt werden könnte. Auch aus der Natur der Sache läßt sich schwerlich beweisen, daß das Recht der Gläubiger ein stärkeres Recht, als das des Innhabers sey.

Zu allen diesen kommt noch hinzu, daß wenn man den Grundsatz angesehener Rechtslehrer [47]) im Collisionsfall mehrere Rechte — ius conventionale fortius est iure legali — annimmt, offenbar für den Innhaber der Sache, und gegen die Gläubiger gesprochen werden müßte, indem deren Recht theils aus natürlichen, theils aus positiven Gesetzen entspringt, das Recht des Innhabers hingegen, entweder aus der Verwilligung des Gemeinschuldners selbst, oder dessen Erblassers seine Entstehung hat.

Denkt man sich vollends das Retentions-Recht des Dritten, als ein qualificirtes und als Anhang eines Pfandrechts, so fällt es sogleich in die Augen, daß es schlechterdings als ein stärkeres Recht im Entgegensatz der Befugniß der Gläubiger angesehen werden muß, und nicht durch diese entkräftet werden kann.

Diesem allen ohnerachtet glaube ich jedoch selbst, daß

A) Was das simple Retentions-Recht eines Dritten an einer Sache des Gemeinschuldners anbetrifft, solches durch die den Gläubigern vermöge des Concurses erworbene Gerechtsame entkräftet wird, und der Innhaber zur Abgabe der Sache gezwungen werden kann. Denn die durch den Concurs veränderte lage der Sache macht, daß ihm die fernerweitige Ausübung des bewilligten Retentions-Rechts völlig unnütz werden muß, mithin hier füglich von der bekannten Rechtsregel: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, Anwendung gemacht werden kann. Denn einmahl

mahl kann er sich aus der Sache seine Befriedigung nicht verschaffen, und der ganze Nutzen, den er von diesem Retentions-Recht hatte, bestand also bloß darin, daß er seiner Forderung wegen doch einiger Maßen gesichert war, indem er gewiß darauf rechnen konnte, daß der Gemeinschuldner, um seine Sache zurück zu bekommen, seine Befriedigung nach allen Kräften zu befördern bemühet seyn werde. Dies aber fällt gegenwärtig weg, indem es nun dem Gemeinschuldner doch wahrlich einerley seyn kann, ob die Gläubiger, oder der bisherige Innhaber die Sache fernerhin im Besitz haben. Fällt also in dem vorliegenden Fall mit dem Ausbruch des Concurses aller Zweck des Retentions-Rechts weg, so würde es ungereimt seyn, wenn man dem Dritten dieses Recht noch fernerhin — und zumal mit dem größten Nachtheil der Concurs-Gläubiger — gestatten wollte, indem es ja für ihn nun, da der Concurs ausgebrochen ist, auch nicht den mindesten Nutzen mehr leistet. Denn der, welcher die Verbindlichkeit, bis zu deren Erfüllung das Retentions-Recht verwilliget worden, zu erfüllen hat, wird sich gewiß dadurch nicht bestimmen lassen, auch nur um einen Augenblick früher Zahlung zu leisten.

48) *Dan.* NETTELBLADT Systém. elem. Iurisprud. posit. Germ. comm. general. §. 482.

§. 157.

Fortsetzung.

Was hingegen

B) Das qualificirte Retentions-Recht, und zwar wie es hier nur eigentlich in Betrachtung kommen kann, dasjenige anbetrifft, welches als Anhang eines Faustpfandes zu betrachten ist, so muß die Ausübung desselben auch nach entstandenem Concurse dem Innhaber schlechthin gestattet werden, und haben die von Faselius dabey aufgestellten Distinctionen alle mit einander keinen rechtlichen

chen Grund. Denn so möchte ich erstens wohl wissen, aus welchem Princip man es vertheidigen wollte, daß bey einer bedingten Forderung das Retentions-Recht des Dritten beym Concurse wegfallen müßte. Dies, daß es noch ungewiß sey, ob er etwas werde fordern können, mithin die Gläubiger ein größeres Interesse hätten, ist doch gewiß kein hinlänglicher Grund; denn da er nicht aus dem Concurs-Verhältniß entspringt, so müßte er auch außer dem Concurse gelten, welches doch niemand zugeben wird. Und eben so wenig läßt sich zweytens annehmen, daß wenn das Pfandrecht unter der Bedingung, wenn der Schuldner insolvend werden sollte, verwilliget worden, das darauf sich gründende Retentions-Recht, sobald der Schuldner zur Zeit des Concurses nicht insolvend wäre, wegfallen, und die Sache an die Gläubiger abgegeben werden müßte. Denn so bringt ja hier die Natur des bewilligten Pfand- und Retentions-Rechts es mit sich, daß der Innhaber die Sache so lange behalten kann, bis er von seinem Schuldner befriediget worden, indem man ja nicht wissen kann, ob dieser werde Zahlung leisten können. So aber läßt sich dem Dritten der Gebrauch des Retentions-Recht beym Concurse überhaupt, eben so gut ganz absprechen, und man hat nicht erst nöthig nach subtilen Distinctionen zu haschen.

Nehme ich also gleich an, daß ein Dritter das ihm bewilligte Retentions-Recht, welches sich auf eine Verpfändung gründet, des Concurses ohnerachtet fernerhin auszuüben befugt sey, so halte ich doch dafür, daß aus dem Grunde, weil die eigentlichen Concurs-Gläubiger doch auf den Ueberschuß ein wohlerworbenes Recht haben, der Innhaber von ihnen in jedem Fall auf die Ablieferung der Sache zur Concursmasse belangt werden könne. Dies hat denn die Wirkung, daß er zwar die Sache abgeben, und deren Versteigerung zulas-

sen

sen muß, gleichwohl aber verlangen kann, daß von dem gelößten Gelde so viel zurückgelegt werden muß, als seine Forderung beträgt, wegen welcher ihm das Pfandrecht ist bewilliget worden, um sich daran dereinst, wenn es von nöthen seyn sollte, zu halten. Freylich wird diese Procedur alsdann immer sehr beschwerlich, wenn die Forderung des Innhabers noch nicht hinlänglich bestimmt ist, vielmehr die Größe derselben aus dem weiteren Erfolg erst bestimmt werden muß. Allein dies kann hier um so weniger verschlagen, als eines Theils sich doch der Betrag einer solchen Forderung immer ohngefähr bestimmen läßt, andern Theils aber die Gläubiger, besonders wenn die Sache von großem Werth seyn sollte, sehr im entgegengesetzten Fall zu kurz kommen würden, man sich also in einem solchen Collisionsfall auf die beste Art, und zwar auf eine solche zu helfen suchen muß, wodurch dem einen Theil so wenig, als dem andern ein Nachtheil erwachsen kann.

Fünf-

Fünftes Hauptstück.

Von der Präclusion, und deren Wirkung beym Concurse.

§. 158.

Einleitung. Begriff der Präclusion beym Concurse.

Das Wort — prälcudiren, Präclusion, kommt in dem Römischen Recht selten vor [49]), desto häufiger aber in den Schulen der Rechtsgelehrten, und in der gerichtlichen Schreibart. Im allgemeinen Verstande dieses Worts versteht man darunter nichts anders, als einer gewissen Freyheit etwas zu thun verlustig erklärt werden, weil man sich derselben nicht zur gehörigen Zeit bedient hat.

Wendet man diesen allgemeinen Begriff von der Präclusion mit der gehörigen Modification auch auf die Präclusion beym Concurse an, so ergiebt sich sehr bald der Begriff derselben. Man versteht nemlich unter Präclusion bey Concursen eine richterliche Erklärung, daß diejenigen, welche an dem gemeinen Schuldner oder dessen in die Concursmasse gezogenen Güter Ansprüche haben, selbige aber der an sie ergangenen Aufforderung ohnerachtet nicht angezeigt, oder nach der richterlichen oder gesetzlichen Vorschrift betrieben haben, aller Theilnehmung an der Concursmasse verlustig seyn sollen.

49) *L. ult. C. de acceptilat.* omnis agendi via *praecluditur.* In dem heutigen hier eigentlich zum Grunde liegenden Sinn, kommt dies Wort im Römischen Recht, so viel ich weiß, gar nicht vor. —

§. 159.

§. 159.

Zwiefache Art der Präclusion, eigentliche und uneigentliche.

Nach dem im vorigen Paragraphen gegebenen Begriff von der Präclusion beym Concurse, kann sich also jemand, der an den Gemeinschuldner und dessen Vermögen Anspruch macht, die Präclusion auf eine gedoppelte Art zuziehen; nemlich einmahl dadurch, daß er bey dem Anfange des Concurses sich wegen seiner Forderung nicht meldet, da er doch solches zu thun schuldig war. Zweytens dadurch, daß er sich zwar beym Concurse gemeldet, aber in der Folge etwas unterlassen hat, welches zur Deducirung seiner angegebenen Forderung wesentlich erforderlich war. Wird er aus dem erstern Grunde von der Theilnahme an der Concursmasse ausgeschlossen, so entsteht daraus die eigentliche Praclusion, erfolgt hingegen der Ausschluß aus dem letztern Grunde, so kann man solches eine uneigentliche Präclusion nennen [50]). Der Unterschied zwischen beyden Gattungen der Präclusion liegt sowohl in der Ursache als in der Wirkung, wie die hinten folgende Ausführung ergeben wird.

50) Ich folge hier der trefflichen Abhandlung des Herrn von Trützschler, von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger. Leipzig 1781. §. 8.

§. 160.

(A.)

Von der eigentlichen Präclusion. Begriff, Grund und Erfordernisse derselben.

Unter der eigentlichen Präclusion beym Concurse, womit hier der Anfang gemacht werden soll, verstehe ich die richterliche Erklärung, daß jemand, welcher an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche machen kann, sich aber der gesetzmäßigen Ladung ohnerachtet, nicht in

der

der darin bestimmten Zeit beym Concurse gemeldet, und seine Ansprüche angegeben hat, von aller Theilnehmung an der Concursmasse, und was dazu gehört, ausgeschlossen seyn solle. Sehen wir auf den wahren Grund dieser eigentlichen Präclusion, so kann solcher nach denn davon gegebenen Begriff, und der Natur der Sache in nichts anders, als darin gesetzt werden: daß 1) eine mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehene präclusivische Ladung voraufgegangen sey: 2) daß auch der Richter, der solche erläßt, das Recht gehabt habe, diese Aufforderung mit der Wirkung ergehen zu lassen, daß derjenige, welcher ihr nicht gebührende Folge leistet, von der Concursmasse völlig ausgeschlossen werde; 3) daß von Seiten des zu präcludirenden die Anzeige desjenigen, was er zu fordern hat, entweder ganz unterlassen, oder doch nicht auf die gebührende Art betrieben worden. Ohne diese Erfordernisse, mit welchen wir uns gleich genauer bekannt machen wollen, läßt sich durchaus keine rechtmäßige Präclusion bey Concursen gedenken.

§. 161.

Fortsetzung.

Das erste Erforderniß zu einer solchen rechtmäßigen Präclusion, wovon hier die Rede ist, ist also die Erlassung einer mit allen gesetzlichen Eigenschaften versehenen Ladung. Es frägt sich hierbey; wenn ehe man sagen könne, daß eine solche erlassene Ladung beym Concurse, mit allen gesetzlichen Eigenschaften versehen sey?

Zu den gesetzlichen Eigenschaften einer Ladung bey Concursen gehört:

1) Daß solche so erlassen werde, daß die Absicht und der Endzweck, welcher dabey zum Grunde liegt, völlig erreicht

Bayerische Staatsbibliothek München

werden kann. Die Absicht und der Endzweck der bey Concursen durch den Gerichtsbrauch festgesetzten Ladung ist dieser: daß allen, welchen daran gelegen ist, bekannt werde, der gemeine Schuldner sey in Concurs verfallen, um ihre etwa an denselben, oder seinem Vermögen habende Ansprüche vorbringen zu können.

Aus diesem Satz folgt, daß die Vorladung eine öffentliche oder sogenannte Edictal-Citation seyn muß [51]), indem ja der Richter nicht wissen kann, wenn sich auch noch eine so große Anzahl von Gläubigern bereits gemeldet haben sollte, ob noch nicht jemand vorhanden ist, der an den Schuldner Anspruch macht. Bey dieser Edictal-Citation genügt es, obwohl viele Rechtslehrer solches behaupten [52]), nicht, daß solche unter dreyen verschiedenen Gerichtsbarkeiten, oder in dreyer Herren Landen öffentlich angeschlagen werde, sondern nur durch ein Inserat in den öffentlichen Blättern allein kann der Entzweck derselben erreicht werden, mithin muß der Richter dabey diesen Weg wählen, obgleich die andern Wege dadurch auch nicht als ausgeschlossen angesehen werden mögen. Ob außer dieser öffentlichen Vorladung noch eine besondere Vorladung derjenigen Gläubiger, welche dem Richter bereits bekannt sind, nothwendig sey, ist unter den Rechtslehrern streitig [53]). Da es in Ansehung dieses Puncts an aller gesetzlichen Disposition nach dem gemeinen Recht gänzlich fehlt, so halte ich dafür, daß eine solche besondere Vorladung nicht nöthig sey, sondern die einmahl für allemahl ergangene öffentliche Ladung auch die bekannten Gläubiger verbinden müsse. Denn findet gleich in der Regel, so lange die ordentliche Citation noch Platz greifen kann, die Edictal-Citation, als eine außerordentliche

liche und subsidiarische nicht statt, so ist doch von diesem Grundsatz um deswillen hier eine Ausnahme zu machen, weil wegen des Concurses überhaupt durchaus eine Edictal-Citation erlassen werden muß [54]), und daher in solcher alle, welche an den Schuldner einen Anspruch machen können und wollen, mit eingeschlossen werden können. Ein Gläubiger, der dem Richter bereits bekannt war, kann sich daher nicht damit entschuldigen, daß an ihn noch eine besondere Citation habe erlassen werden müssen [55]).

51) *Ioach.* FRICK de edictali citatione vulgo proclamate. *Kilon* 1729. KLÜGEL de caussis citationis edictalis §. 8.

52) GRIBNER Princ. Proceſſ. *L.* 2. C. 9. §. 2. BERGER in Elect. Disceptat. forens. *p.* 1740. Kraft practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 63.

53) Vergleiche Klügel a. a. O.

54) Man sehe die verschiedenen Meynungen bey v. Trützschler a. a. O. §. 17.

55) Es giebt zwar Rechtslehrer, z. B. Schaumburg in princ. Iur. Iudic. *L.* 2. C. 8. prax. §. 4. *not.* *), welche annehmen, daß bey Concursen die öffentliche Vorladung, oder Edictal-Citation alsdann unterbleiben könne, wenn alle, die beym Concurse interessirt sind, dem Richter bekannt wären, welches besonders alsdann der Fall sey, wenn der Schuldner sich der Rechtswohlthat der Güter-Abtretung bedient, und den Bestand seines ganzen Vermögens sowohl, als die Namen seiner Gläubiger dem Richter eingereicht, und eidlich bestärkt hätte. Daher giebt auch David Mevius ad Iur. Lubecens. *P. III. T.* 1. *Art.* 10. *No.* 16. die Cautel an, die Gläubiger in solchem Fall Caution leisten zu lassen, daß wenn sich noch einige unbekannte Gläubiger melden sollten, sie dieselben, wenn sie ihre Ansprüche beweisen würden, befriedigen wollten. Allein ohne einmahl zu erwähnen, daß die Erlassung der Edictal-Citaton, der Praxis beyder höchsten Reichsgerichte — vergleiche Moser vom Reichsständischen

Schuldenwesen 2. Th. P. 187. und Cramers Obs. Iur. universs. T. II. P. 1. Obs. 490. gemäß ist, so steht der vorliegende Fall noch überdies nicht allein mit andern Fällen, wo nach dem Gerichtsbrauch Edictalien erlassen werden müssen, in einem völlig gleichen Verhältniß, sondern es wird auch die Edictal-Citation um deswillen schlechterdings nothwendig, weil sonst in dem ganzen Concurs-Wesen die größte Zerrüttung entstehen würde. Denn abstrahirt davon, daß ja dem Schuldner nicht allein nicht zu trauen ist, sondern er auch gar nicht einmahl wissen kann, wer an ihn oder sein Vermögen noch Ansprüche zu machen befugt ist. Z. B. wenn der Schuldner eine, jemanden entwendete, und ihm verkaufte Sache besitzt; so würde das Concurs-Wesen auf diese Art, weil keine Präclusion erfolgen kann, auf ewig dauern, und müßten immer neue Liquidationen und Classificationen vorgenommen werden.

56) Jedoch räth von Trützschler a. a. O. §. 18. an, die Edictal-Citation mit der Current-Citation an die bekannten Gläubiger zu verbinden, weil auf solche Art eines Theils manchen Beschwerden der Gläubiger vorgebeugt werde, andern Theils aber sich aus dem Nichtliquidiren eines solchen Gläubigers, welcher namentlich vorgeladen worden, eine Entsagung der Theilnehmung an dem Concurse mit besserem Rechte folgern lasse, als aus dem Außenbleiben derer, die nur durch den öffentlichen Aufruf geladen worden. Vergleiche auch SCHAUMBURG in princ. prax. Iurid. Iudiciar. L. 2. C. 8. §. 4.

§. 162.

Fortsetzung.

Zu den gesetzlichen Erfordernissen einer präclusivischen Ladung gehört ferner:

II) Daß in der Ladung alle diejenigen, welche an den Gemeinschuldner aus einem legalen Grunde Ansprüche zu haben vermeynen [57]),

1) zur Angabe ihrer Forderungen auf einen gewissen Termin [58]);

2) bey

2) bey Strafe der Ausschließung von dem gegenwärtigen Concurse im Fall des Außenbleibens

aufgefordert werden müssen [59]).

Dies sind die ausgemachten gesetzlichen Erfordernisse einer präclusivischen Ladung beym Concurse. Streitig ist es übrigens noch: ob die Edictal-Citation mehrmals erlassen oder wiederholt werden, imgleichen was für eine Frist darin enthalten seyn müsse?

Joh. Gottfr. Schaumburg [60]) ist der Meynung, daß die Edictal-Citation entweder dreymahl wiederholt werden, oder doch eine dreyfache Frist enthalten müßte. Letzteres wenigstens hält er darum für völlig ausgemacht, weil die Edictal-Citation eine peremtorische Citation sey, und eine peremtorische Citation sich nach gemeinem Recht nicht anders als unter zwey deliberatorischen Fristen gedenken lasse, welchen hernach noch eine dritte, nemlich eine peremtorische Frist, hinzugefügt werden müßte. Dahingegen Revius [61]) nebst andern Rechtslehrern nimmt an, daß nach gemeinen Rechten eine einzige Ladung unter den gesetzlichen Erfordernissen völlig zulänglich sey.

Ich halte dafür, daß wenn nicht Landesgesetze etwas anders verordnen, eine einzige Citation hinlänglich sey, es auch nicht mehrerer Fristen bedürfe, sondern denjenigen, welche an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche zu haben vermeinen, eine einzige Frist bestimmet werden könne. Denn die Edictal-Citation ist hier keine eigentliche peremtorische, sondern nur bloß eine monitorische Ladung, indem sie nur denjenigen, welcher bey dem gegenwärtigen Concurse seine Befriedigung erlangen will, zur Angabe seines Anspruchs auffordert, und in solchem Fall nach dem Gerichtsbrauch immer eine Citation mit einer einzigen Frist hinlänglich ist.

Was die in der Edictal-Citation zu bestimmende Frist selbst anbetrifft, so dependirt diese zwar von der

kühr des Richters, wenn nicht besondere Landesgesetze eine bey Citationen überhaupt von dem Richter zu beobachtende Frist vorschreiben. Indeß so muß der Richter auf die besondern Umstände dabey Rücksicht nehmen, und keinen zu nahen Termin präfigiren, weil sonst der Zweck der Ladung nicht erreicht werden würde.

57) Die Edictal-Citation ruft also nicht bloß die eigentlichen Concurs-Gläubiger, sondern fordert ganz allgemein alle diejenigen auf, die an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche haben, sie mögen herrühren aus welchem Grunde sie wollen.

58) Andere Puncte, welche man noch in der Ladung gemeiniglich den Vorgeladenen aufzugeben pflegt, z. B. die Pflegung gütlicher Handlungen, und Bestellung eines Gevollmächtigten für die Zukunft — gehören nicht zu den gesetzlichen Erfordernissen der Edictal-Citation.

59) Ueber die Einrichtung der Edictal-Citation ist Kraft in den practischen Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 67. des mehreren nachzusehen. Ich merke hier nur an, daß vorzüglich bey der Edictal-Citation der in Concurs verfallene Schuldner genau beschrieben werden müsse, damit alle Zweydeutigkeit vermieden werde, und auswärtige Gläubiger sogleich erkennen können, daß es derjenige sey, an welchen sie etwas zu fordern haben.

60) In princip. prax. Iur. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. §. 4. Vergleiche auch Brunnemann in proceſſ. Concurſ. Creditor. *C.* 2. §. 3.

61) Ad Ius Lubecenſ. *P.* 3. *T.* 10. *Art.* 10. *No.* 16.

§. 163.

Fortsetzung.

Wir gehen zu einem zweyten Erforderniß der Präclusion bey Concursen über, welches darin besteht: daß auch der Richter, welcher die präclusivische Ladung erläßt, das Recht gehabt haben muß, solche mit der Wirkung ergehen zu lassen, daß derjenige, welcher selbiger nicht ge-

gebührende Folge leistet, von der Concurs-masse völlig ausgeschlossen werden kann. Ich überhebe mich hierbey der Untersuchung: Ob überhaupt der Richter befugt sey jemanden aufzufordern, sein Recht, welches er an einem gewissen Gegenstande zu haben vermeint, binnen einer gewissen Zeit bey Strafe des Verlustes auszuführen, und denjenigen, welcher solches verabsäumt, damit zu präcludiren. Die Gesetze sowohl, als der Gerichtsbrauch bestätigen diese richterliche Befugniß zu sehr, als daß sie in Zweifel gezogen werden könnte, und das gemeine Beste erfordert nothwendig, so wie in manchen andern Fällen, also auch hier, eine solche Procedur. Alles was ich hier zu sagen habe, schränkt sich daher bloß auf die Untersuchung ein, wer bey Concursen derjenige Richter sey, dem das Recht, die präclusivische ladung mit Nachdruck zu erlassen, zusteht.

Ich habe in dem zweyten Hauptstück des ersten Theils dieser Abhandlung §. 56. *No. II.* diese Befugniß den Gerechtsamen des Concurs-Gerichts beygezählt, mithin den Richter des Concurs-Gerichts als diejenige Person angenommen, welche das Recht habe die Edictal-Citation zu erlassen, diejenigen, welche an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche zu machen haben, auf einen gewissen Termin zu Vorbringung derselben vorzuladen, und im Fall des Außenbleibens zu präcludiren. Hier ist es nun meine Pflicht diese Behauptung zu rechtfertigen.

Die Rechtslehrer gestehen zwar die Befugniß, die präclusivische ladung mit voller Wirkung beym Concurse zu erlassen, einstimmig dem Richter des fori domicilii des Gemeinschuldners, oder des Concurs-Gerichts zu, jedoch giebt es verschiedene [62]), welche alsdann davon eine Ausnahme gemacht wissen wollen, wenn das Vermögen des Schuldners in mehrerer Herren landen belegen ist. Hier, glauben sie, könne nur der eigentliche Concurs-Richter die präclusivische ladung in so ferne mit Nachdruck

erlassen, als solche die in diesem Lande belegenen Schuldnerischen Vermögensstücke betreffe; dahingegen in Ansehung des außer Landes belegenen Schuldnerischen Vermögens, müßten durch eine besonders von den dortigen Gerichten zu erlassende präclusivische Ladung, die Competenten ausgeschlossen werden [63]). Ich darf wohl nicht erst erinnern, daß diese Lehre auf die Idee von einem sogenannten particulären Concurse außerhalb dem Territorium, worin das Concurs-Gericht belegen ist, beruhe.

62) Vergleiche von Trützschler a. a. O. §. 14.

63) von Trützschler macht daher in seiner mehrmahls angeführten Abhandlung einen eigenen Abschnitt von der Präclusion in dem Falle, wenn über das Vermögen einer Person mehrere Concurse entstanden sind, und zeigt darin besonders: bey welchem unter mehreren foris concursus sich ein Gläubiger mit seiner Forderung zu melden habe. Es sey mir erlaubt, seine Grundsätze der Vollständigkeit halber hier anzuführen. Nach ihm kann

1) Ein jeder Handschrifts-Gläubiger bey jedem dieser mehreren Concurse seine Forderung anzeigen und Bezahlung gewärtigen; es steht ihm aber auch frey, der einen Concurs-Masse durch sein Nichtliquidiren stillschweigend, oder auch ausdrücklich zu entsagen, und bey der andern allein das Ganze zu liquidiren; denn eine persönliche Schuld haftet auf keinem der Güter besonders, und der Gläubiger kann daher salvo iure cuiusvis unter den Besitzungen des Schuldners ein Executions-Object wählen, welches er will.

2) Ein Gläubiger, welcher mit einem ausdrücklichen Pfandrecht versehen ist, oder durch die Immission ein dingliches Recht erlangt hat, muß sich hauptsächlich bey dem Iudicio melden, wo ihm der Consens ertheilet worden, oder die Immission erfolgt, doch kann er eben diese Schuld bey dem andern Iudicio eventualiter auf den Fall, da er an jenem Ort nicht ganz befriediget würde, als eine Handschriftsschuld liquidiren, und betreiben, dagegen ein General-Pfand-Gläubiger billig bey beyden foris concursus zu liquidiren hat. Denn das dingliche Recht, und der Vorzug vor andern Gläubigern inhärirt bloß der verpfändeten Sache, und erstreckt sich einzig und allein auf

das

das aus solcher gelösete Geld, so daß in so ferne der darauf versicherte Gläubiger nicht ganz befriediget wird, das Uebermaaß nur als eine Handschriftsschuld anzusehen ist. Eine andere Bewandniß hat es mit solchen Schulden, welche eine General-Pfandverschreibung vor sich haben, indem diese in beyden foris unter den Real-Gläubigern der Zeitfolge nach locirt werden müssen.

3) Ein Gläubiger, welcher eine stillschweigende Hypothek hat, kann und muß sich bey demjenigen Iudicio, unter welches die Güter gehören, die ihm hypothecae nomine obligirt sind, und also, nachdem die Hypothek eine stillschweigende besondere oder allgemeine ist, bald bey einem Concurs, bald bey beyden melden, doch steht ihm ebenfalls frey, wenn der erstere Fall existirt, bey dem anderen foro eventualiter als ein Briefschuldner zu liquidiren. Endlich

4) Gläubigern, welche ein Vorzugsrecht ohne Hypothek haben (creditores personaliter privilegiati) steht es frey, wo sie sich melden wollen, und eben dies ist der Fall bey denjenigen, welchen nächst dem Pfandrecht noch das privilegium exigendi zusteht.

Aus diesen Grundsätzen zieht nun von Trützschler nachstehende Folgerungen:

1) Der Handschrifts-Gläubiger begiebt sich bey dem Concurse, wo er nicht liquidirt, aller Theilnehmung an der Masse, welche bey selbigem constituirt wird, er kann aber sein Recht in Ansehung der ganzen Forderung bey dem andern Concurse verfolgen.

2) Der Special-Unterpfands-Gläubiger, welcher nicht bey dem foro concursus liquidirt hat, bey welchem sein Unterpfand befindlich ist, verliehrt sein Ius pignoris, salvo Iure seine Forderung als eine Briefschuld bey dem andern Concurs zu betreiben.

3) Der Special-Unterpfands-Gläubiger, welcher unterläßt seine hypothekarische Forderung auch bey dem andern foro, als dem, zu welchem die ihm verschriebene Hypothek gehört, zu liquidiren, begiebt sich des Rechts, dasjenige, was ihm nach der Excussion seiner Hypothek noch abgeht, iure personali bey dem foro, wo er sich nicht gemeldet hatte, zu begehren.

4) Mit dem General-Pfand-Gläubiger hat es hierunter eben die Bewandniß, wie mit den Handschrifts-Schulden.

5) Meldet sich ein Gläubiger weder bey dem einen, noch dem andern Concurse, so treten eben die Principien

ein, wie in dem Falle, wenn nur ein Concurs existirte *), und er muß also, wenn er Restitution sucht, solche bey dem foro, wo er hätte liquidiren sollen, und also bald bey einem, bald bey beyden suchen.

So weit von Trürschier. Ich fand es um so mehr für nöthig, die Theorien dieses Gelehrten hier auszuzeichnen, als auf dem Fall, wenn auswärtige Landes-Gerichte, wie wir davon Beyspiele haben, wider alle rechtliche Grundsätze auf die Formirung eines sogenannten besondern Concurses bestehen, und ebenfalls eine präclusivische Ladung erlassen sollten, doch auch in diesem Buche eine Norm des Verhaltens der Gläubiger angetroffen werden möchte.

*) Man vergleiche dasjenige, was weiter unten von den Wirkungen der Präclusion überhaupt gesagt werden wird.

§. 164.

Fortsetzung.

Legt man die §. 76. von mir aufgestellte, und dorten, wie ich glaube hinlänglich gerechtfertigte Theorie hier zum Grunde, so leuchtet es deutlich hervor, daß nur dem Richter des Concurs-Gerichts allein die Befugniß zustehen kann, die präclusivische Ladung bey Concursen zu erlassen, und daß diese Ladung so wirksam seyn müsse, daß alle diejenigen, welche an den Schuldner oder dessen Vermögen, es sey dasselbe belegen, wo es wolle, Anspruch zu machen befugt sind, dadurch verbunden werden. Denn ihm steht ja die Direction des ganzen Concurs-Wesens, die Bestimmung der Ordnung, worin die Gläubiger befriediget werden sollen, und die Vertheilung der Concursmasse unter dieselben zu. Zu allem diesen aber kann das Concurs-Gericht nicht anders gelangen, als wenn es mit den Ansprüchen derjenigen, welche von dem Schuldner etwas zu fordern haben, bekannt ist, und wozu die präclusivische Ladung als allein hinlängliches Mittel angesehen werden kann. Dazu kommt noch, daß im entgegengesetzten Fall die Vertheilung des Schuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger nie sicher würde geschehen können, indem es sich ja

häu-

häufig ereignen könnte, daß noch in der Folge jemand aus einem Eigenthums- oder andern dinglichen Recht daran Anspruch machte, mithin der dadurch beunruhigte Erwerber eines dem Schuldner gehörigen Vermögensstücks, an die Gläubiger seinen Regreß nehmen würde.

Den fremden Territorial-Gerichten, wenn unter ihrer Gerichtsbarkeit ein Theil der Schuldnerischen Effecten belegen ist, kann das Recht, eine besondere präclusivische Ladung in Hinsicht auf selbige zu erlassen, um deswillen nicht zuständig seyn, weil solche nach der Lage der Sache ganz unzweckmäßig seyn würde. Den fremden Territorial-Gerichten steht ja bloß nach den von uns oben behaupteten Lehrsätzen das Recht zu, bey der Disposition der Gläubiger über das unter ihrer Jurisdiction belegene Schuldnerische Vermögen zu concurriren, und dasselbe nach der, von dem Concurs-Gericht ausgesprochenen Sentenz, unter selbige zu vertheilen. Bey diesen ihnen zukommenden Befugnissen bedarf es aber keiner präclusivischen Ladung.

Man möchte mir noch entgegensetzen, daß sich der Wirkungskreis des Concurs-Richters ja nicht auf die außerhalb Landes belegenen Schuldnerischen Vermögensstücke erstrecke, mithin auch die von ihm erlassene Präclusiv-Ladung diejenigen, welche daran Ansprüche machen, nicht von der Ausführung derselben ausschließen könne. Allein es ist 1) zwischen der Befugniß der Präclusion, und der, über diese Sachen zu verfügen, hier ein himmelweiter Unterschied. Der Concurs-Richter würde, wenn er sich eine Disposition über diese Schuldnerischen Vermögensstücke anmaßen wollte, einen Eingriff in fremde Jurisdictions-Gerechtsame thun, welches ihm nicht erlaubt ist, dies aber ist bey der Präclusiv-Ladung nicht der Fall. 2) Steht diesem auch noch die Analogie zur Seite, indem es dem Richter des Wohnorts eines Verstorbenen ja erlaubt ist, die Erben desselben präclusivisch vorzuladen, auf einen gewissen Termin zu erschei-

nen.

nen, und ihre Ansprüche an der Verlassenschaft vorzubringen, und diese ladung ihre Wirkung auch in Ansehung der außerhalb landes belegenen Erbschafts-Stücke äußert. So wie sich hier die Wirkung der präclusivischen ladung auch auf die außerhalb landes belegenen Erbschafts-Stücke erstreckt, eben so muß sie auch hier beym Concurse diese Wirkung haben, indem ein gleicher Grund vorhanden ist, mithin auch ein gleicher Erfolg eintreten muß.

Ich setze diesem nach das Princip fest: daß das eigentliche Concurs-Gericht nur die Befugniß haben kann, die präclusivische ladung bey Concursen zu erlassen, und daß sich die Wirkung dieser ladung nicht nur über die in dem Territorium, worin sich das Concurs-Gericht befindet, sondern auch in andern landen belegenen Schuldnerischen Effecten erstrecken müsse.

§. 165.

Fortsetzung.

Wir kommen gegenwärtig zu einem dritten Erforderniß der Präclusion, welches darin besteht, daß von Seiten derjenigen, welche durch die Präclusiv-ladung zur Angabe ihrer Forderungen an den Schuldner und dessen Vermögen sind aufgefordert worden, solche unterlassen, oder doch nicht auf die gebührende Art bewirkt worden. Denn erscheint jemand zwar, und giebt seine Ansprüche an, thut aber solches nicht in rechtlicher Ordnung, so muß es nach der bekannten Rechtsregel: non fieri et non legitime fieri unum idemque est, so angesehen werden, als wenn er sich gar nicht gemeldet hätte.

Wir haben hierbey einen gedoppelten Punct zu untersuchen; nemlich 1) wer bey einem Concurse durch die Präclusiv-ladung verbunden wird, und 2) wie die Angabe der Forderungen geschehen müsse.

Sehen

Sehen wir zuvörderst auf diejenigen Personen, welche die bey Concursen gewöhnliche präclusivische Ladung verbindet, so sind solche alle diejenigen, welche an den in Concurs verfallenen Schuldner, oder dessen Vermögen aus irgend einem Grunde [64]) Anspruch machen, es möge dieser Anspruch aus einem dinglichen oder persönlichen Recht herrühren, er möge im erstern Fall aus einem Eigenthums- oder andern dinglichen Recht, und im letztern Fall aus einer mittelbaren oder unmittelbaren Verbindlichkeit seine Entstehung haben. Eben so kommt auch darauf nichts an, ob solche Forderungen bedingt oder unbedingt [65]) schon gefällig oder nicht gefällig sind [66]), ob sie jetzt schon, oder erst in der Zukunft bey Eintretung gewisser Fälle klagbar gemacht werden können, ob sie bereits klagbar gemacht worden [67]) oder nicht, ob sie in Prästationen bestehen, die nur einmahl, oder mehrmahls gefordert werden können [68]). Beantworte ich also die Frage: welche Personen die bey Concursen gewöhnliche präclusivische ladung verbinde, so allgemein, so versteht es sich doch von selbst, daß diejenigen Forderungen zur Angabe beym Concurse nicht geeigenschaftet sind, in Ansehung welcher von dem Richter die Befriedigung nicht erwartet werden kann. Es gehören dahin alle sogenannte **causſae personaliſſimae**, z. B. Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens, Verbindlichkeiten des Schuldners, welche aus einer **locatione operarum etc.** herrühren, obgleich es auch hiervon alsdann wieder eine Ausnahme giebt, wenn eine Entschädigung an Gelde gefordert wird, und gefordert werden kann [69]).

64) Aus diesem generellen Satz folgt, daß auch diejenigen Gläubiger zur Angabe ihrer Forderungen durch die Präclusiv-Ladung gezwungen werden, welche beym Concurse das Separations-Recht genießen.

65) Dahin gehört, wenn jemanden unter einer Bedingung ein Vermächtniß hinterlassen, oder im Vertrag etwas zu leisten versprochen worden. Kann gleich ein solcher, wenn zur

Zeit

Zeit des ausgebrochenen Concurses die Bedingung noch nicht existirt, nicht auf die Entrichtung selbst klagen, so verbindet ihn doch die präclusivische Ladung, wenn er auf den Fall der eintretenden Bedingung aus der Concursmasse seine Forderung vergütet erhalten will, sich deshalb beym Concurse zu melden. Er kann in solchem Fall auf die Aussetzung eines so großen Quantums, als seine dereinstige Forderung, wenn die Bedingung etwa zu seinen Gunsten eintritt, betragen dürfte, mit Recht dringen. Vergleiche Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 4. Da in dem unterstellten Fall nichts darauf ankommen kann, wenn die Bedingung eintreten wird, so scheint mir von Trürschlers Behauptung a. a. O. §. 26. *not. z.* sehr richtig zu seyn, nach welcher auch die Ehefrau des gemeinen Schuldners, das ihr auf den Todesfall ihres Ehemanns ausgesetzte Vidualitium ebenfalls mit beym Concurse desselben liquidiren kann.

66) Bey diesem Fall, der sich dem vorigen ganz nähert, muß es eben so gehalten werden, wie daselbst (nemlich in der vorhergehenden Note) angegeben worden.

67) Müssen gleich die bey dem Ausbruch des Concurses vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen, nach den im zweyten Hauptstück des ersten Theils ausgeführten Lehrsätzen, daselbst auch beendiget werden; so müssen demohnerachtet doch die Ansprüche, worauf sich diese Rechtsstreitigkeiten begründen, beym Concurs-Gerichte angezeigt werden, und sollte auch wegen der Ungewißheit der Größe der Forderung nur die Anzeige im allgemeinen ohne Bestimmung der Größe der Forderung geschehen.

68) Dahin gehören unter andern der Gültgläubiger, derjenige welcher von dem Gemeinschuldner vermöge eines Leibrenten-Contracts gewisse jährliche Alimenten zu fordern hatte, imgleichen die Legatarien, welchen legata annua gebühren. Denn haben gleich solche Personen nicht immer nöthig, sich in den Concurs einzumischen, so müssen sie sich doch vermöge der Präclusiv-Ladung beym Concurs-Gericht melden, indem eines Theils diese Ladung nach ihrer eigentlichen Beschaffenheit alle auffordert, welche an den Gemeinschuldner und dessen Vermögen aus irgend einem Grunde Anspruch machen, andern Theils für ihre Sicherheit und die Bezahlung der jedesmahligen Abrichtungen gesorgt werden muß.

69) Leyser Medit. ad Pandect. *Sp.* 490. *Med.* 4. §. 166.

§. 166.

Fortsetzung.

Aus dem in dem vorhergehenden Paragraphen angenommenen Grundsatz folgt nun, 1) daß vermöge einer eigentlichen Präclusiv-Ladung bey Concursen, ein jeder seinen habenden Anspruch dem Concurs-Richter bekannt machen muß, ohne Unterschied es betreffe derselbe die Person des Schuldners, oder unmittelbar sein Vermögen, oder eine unter demselben sich befindende Sache. Es muß daher auch derjenige, welcher Dienstbarkeiten, oder andere Gefälle von den in Concurs gezogenen unbeweglichen Gütern des Schuldners zu fordern hat, nicht nur die rückständigen Prästationen, sondern auch die, welche künftig gefällig werden, und die Gerechtsame selbst anzeigen, wenn er nicht derselben verlustig werden will; es wäre denn, daß die ergangene Aufforderung bloß an diejenigen gerichtet wäre, welche ex iure crediti Ansprüche zu machen haben [70]), in welchem Fall es hinlänglich ist, die bereits verfallenen Prästationen anzugeben, indem nur diese als credita anzusehen sind [71]).

Dahingegen 2) braucht derjenige sich nicht beym Concurse zu melden, welcher zwar an dem Gemeinschuldner etwas zu fordern hat, allein sich mit demselben wegen einer Gegenforderung im Compensations-Fall befindet, und sich wenn er von dem Gütervertreter in Anspruch genommen wird, mit der Ausflucht der Compensation zu schützen gedenkt, indem durch die Präclusivladung niemand aufgefordert wird seine Ausflüchte anzugeben [72]). Rathsam ist solches jedoch alsdann, wenn es irgend zweifelhaft ist: ob auch wohl die Ausflucht der Compensation durchgehen werde [73]); so wie es auch alsdann nie unterlassen werden darf, wenn die Forderung des compensiren wollenden Gläubigers nicht ganz durch die Compensation aufgehoben wird, sondern diese sich nur über einen Theil der Forderung erstreckt.

70) Da

70) Da die Präclusiv-Ladung bey Concursen aber nach der Natur der Sache nicht so erlassen werden, sondern vielmehr eine allgemeine Aufforderung an alle diejenigen enthalten muß, welche an dem Schuldner und dessen Vermögen aus irgend einem rechtmäßigen Grunde Ansprüche zu haben vermeinen, so werde ich diesen Fall immer in der Folge bey Bestimmung der Wirkung der Präclusion zum Grunde legen. Man wird im entgegengesetzten Fall, und wenn etwa die Aufforderung nur an diejenigen ergangen seyn sollte, welche ex iure crediti an den Schuldner Ansprüche zu machen haben, sehr leicht zu beurtheilen im Stande seyn, welche Wirkungen alsdann nur mit der Präclusion verbunden seyn können.

71) Vergleiche von Trützschler a. a. O. §. 33. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

72) HOMMEL Rhapsod. Quaest. *Obs.* 378.

73) Hier darf der Gläubiger die Angabe seiner Forderung darum nicht unterlassen, weil er solche hernach, wenn er etwa mit der Ausflucht der Compensation durchfallen sollte, nicht weiter beym Concurse urgiren kann. Es hindert ihn auch dies, daß er sie beym Concurs-Gerichte meldete, in der Folge nicht, solche zur Compensation vorzuschützen, wenn er von dem Gütervertreter auf das, was er dem Gemeinschuldner schuldigte, belangt wird (man sehe den §. 141.); mithin dient diese geringe Bemühung allemahl zu seiner weit größeren Sicherheit.

§. 167.

Fortsetzung.

Da der Wechsel-Gläubiger nach entstandenem Concurse über des Schuldners Vermögen die Wechsel-Verbindlichkeit nicht mehr in der Maaße verfolgen kann, daß ihm aus den Gütern des Schuldners seine Befriedigung gereicht würde, so folgt, daß er sich in den Concurs einlassen muß, wenn er seiner Forderung halber an der vorhandenen Concursmasse Antheil nehmen will. Es muß ihm daher auch die Präclusiv-Ladung nachtheilig seyn, wenn er in dem anberaumten Termin sich nicht einfindet, und seine Forderung dem Concurs-Gericht an-

anzeigt. Er kann zwar wie Leyser [74]) annimmt, mit Vernachläßigung der Präclusiv-Ladung auf persönlichen Verhaft des Schuldners dringen [75]), allein wozu hilft ihm dieses, da er von der Concursmasse ausgeschlossen ist? — Und darauf zu hoffen, daß Freunde und nahe Anverwandte des Schuldners demselben unter die Arme greifen, und die Wechselschuld bezahlen werden [76]), bleibt allemahl eine mißliche Sache.

So wie nach diesen Grundsätzen der Wechsel-Gläubiger seine Forderung an den Schuldner beym Concurs-Gericht angeben muß, wenn er nicht von der Gütermasse präcludirt werden will, eben so liegt diese Verbindlichkeit dem Faustpfands-Gläubiger, oder überhaupt demjenigen auf, der wegen einer Schuldforderung an den Schuldner an einer demselben zugehörigen Sache das Retentions-Recht hatte. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern [77]), welche besonders dem Faustpfands-Gläubiger von dieser Verbindlichkeit befreyet wissen wollen, weil sie ihm die Fortdauer, seiner durch die Uebergabe der verpfändeten Sache erworbenen Befugniß, auch nach dem Ausbruch des Concurses, zugestehen; allein da wir oben den Ungrund dieser Behauptung sattsam erwiesen haben, so müssen wir auch hier das Princip festsetzen, daß wenn ein solcher Gläubiger die ergangene Präclusiv-Ladung verabsäumt, solches in Ansehung seiner die Ausschließung von der gegenwärtigen Concursmasse zur Folge habe.

74) In meditat. ad Pandect. *Sp.* 490. *m.* 5.

75) Ob ein Wechsel-Gläubiger, wenn er seine Forderung beym Concurse liquidirt hat, demohnerachtet noch seinen Schuldner nach Wechselrecht belangen könne, ist eine Frage, die mir noch nicht ganz berichtiget zu seyn scheint. Vergleiche Leyser a. a. O. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 192. J. L. Ludovici Einleitung zum Wechsel-Proceß Kap. 2. §. 15. Nach gemeinem Recht glaube ich, kann ihm diese Befugniß nicht, wenigstens so lange nicht als der Concurs währt, zugesprochen

werden. Denn die Inhaftirung des Schuldners bey der Wechsel-Verbindlichkeit hat die Erhaltung seiner Befriedigung zum Zweck, der Wechselgläubiger aber wählt durch die Einlassung in den Concurs einen andern Weg, zu seiner Befriedigung zu gelangen. Erhält er in dem Concurse seine Befriedigung nicht, so muß es ihm freylich frey stehen, sein Recht nachher gegen den Schuldner so zu verfolgen, als es die Verbindlichkeit desselben mit sich bringt.

76) Dies bildet sich wenigstens Leyser a. a. O. ein, wenn er sagt: sed norunt hi, qui in foro versantur, arrestationem debitoris extra concursum non semper vanam esse, sed hoc saepe operari, ut debitor a carcere se liberaturus bona quaedam latitantia indicet proferatque, vel opem amicorum et consanguineorum imploret atque ab his adiutus arrestantibus satisfaciat.

77) Hierher gehören alle diejenigen Rechtslehrer, welche dem Besitzer des Faustpfandes das Retentions-Recht auch beym Concurse gestatten. von Trützschler a a. O. S. 62. der ebenfalls dieser Meynung ist, behauptet daher, daß einem Faustpfands-Gläubiger die Präclusion nie im Wege stehen könne, sondern er auch dann noch, wenn die Sache von Gläubigern, die mit einem bessern dinglichen Recht versehen sind, in Anspruch genommen wird, seine Forderung beym Concurse melden könne. Allein das Irrige dieses Lehrsatzes ergiebt sich schon aus der Allgemeinheit des Grundes der präclusivischen Ladung, welcher auch solche Gläubigern trifft, wenn man auch den unrichtigen Satz annehmen wollte, daß ihm nach dem Ausbruch des Concurses noch das Retentions-Recht zukommen müßte.

§. 168.

Fortsetzung.

Nach allen diesen kommen wir nun endlich zur Erörterung der Frage: Ob vermöge der Präclusivladung auch derjenige Gläubiger seine Forderung in dem anberaumten Termin anzuzeigen verbunden sey, welcher dem Concurs-Richter bereits als ein Gläubiger des Gemeinschuldners bekannt ist? Dies läßt sich auf mancherley Art gedenken, z. B. wenn der

Gläu-

Gläubiger, ehe noch der Concurs ausbrach, bey dem gegenwärtigen Concurs-Richter seine Forderung gegen den Schuldner gerichtlich verfolgte, oder der Schuldner demselben gerichtlich wegen seiner Forderung ein Unterpfand bestellet, oder endlich der Gläubiger sogar seiner Forderung halber eine Immission erlangt hatte.

von Trützschler [78]) ist der Meynung, daß ein dem Richter schon bekannter Gläubiger von der präclusivischen ladung nichts zu befürchten habe, wenigstens in so weit nicht, als das Quantum seiner Forderung aus den Acten constirt. Sein Grund ist der: weil die Absicht der Vorladung der Gläubiger bey Concursen vornemlich darin bestehe, daß die sämmtlichen Ansprüche an des Gemeinschuldners Person und Güter zu des Richters Wissenschaft kommen mögen. Allein ich glaube aus Gründen erweisen zu können, daß auch diese ihre Forderungen nach entstandenem Concurse in dem anberaumten Termin dem Concurs-Gericht anzuzeigen verbunden sind, wenn sie nicht von der präclusivischen ladung Nachtheil empfinden wollen.

Nimmt man nemlich auf den Zweck der präclusivischen ladung bey Concursen Rücksicht, so ist dieser zwiefach; nemlich einmahl der, daß die sämmtlichen Ansprüche an des gemeinen Schuldners Person und Gütern zu des Richters Wissenschaft kömmen mögen, und zweytens der, daß auch diejenigen, welche gegenwärtig beym Concurse ihr Recht an den Schuldner oder dessen Vermögen verfolgen wollen, sich dem Richter bekannt machen sollen. Ist nun der Anspruch eines Gläubigers dem Richter bereits bekannt, so fällt zwar der erste Zweck der präclusivischen ladung weg, keinesweges aber der letztere, mithin muß aus diesem Grunde, der sich nicht melde, bekannte Gläubiger davon Nachtheil empfinden. Denn allemahl bleibt es ja noch ungewiß, ob auch der dem Concurs-Richter bekannte Gläubiger seinen Anspruch gegenwärtig geltend machen, oder ob er nicht viel-

leicht eine Verbesserung der Umstände des Schuldners abwarten will, weil er einsieht, daß er wegen der Unzulänglichkeit der Gütermasse, und des Vorzugsrechts anderer Gläubiger doch nicht zu den Seinigen gelangen werde, und daher unnöthige Mühe und Kostenaufwand scheut.

78) a. a. O. S. 56.

§. 169.

Fortsetzung.

Die größte Schwierigkeit scheint mir noch die Frage zu haben: Ob die präclusivische Ladung bey Concursen wohl jemanden nachtheilig seyn könne, welcher damahls, wie sie erging, noch nichts an den Schuldner zu fordern hatte, sondern welchem erst in der Folge diese Anforderung zu Theil wurde Es leidet nicht den mindesten Zweifel, daß sie ihm nachtheilig seyn muß, wenn er diese Forderung cedirt erhielt, und der Cedent der präclusivischen Ladung nicht Genüge geleistet hat, indem sie dem Cedenten nachtheilig war, und hinfolglich auch dem Cessionarius nachtheilig seyn mußte. Allein davon ist hier nicht die Rede, sondern bloß von dem Fall, wo eine neue bisher noch gar nicht vorhandene Forderung allererst entstand, da bereits die Wirkung der präclusivischen Ladung eingetreten war, welches sich sehr wohl gedenken läßt.

Ich finde die vorgelegte Frage nirgends beantwortet, ob ich gleich nicht daran zweifle, daß sich der Fälle häufig zugetragen haben, und noch zutragen. Meinem Bedünken nach kann die präclusivische Ladung hier nicht entgegenstehen, sondern muß dieser neue Gläubiger demohnerachtet noch mit der Anzeige seiner Forderung gehört werden. Man würde im Gegentheil die offenbare Ungereimtheit behaupten, daß die präclusivische Ladung auch jemanden nachtheilig seyn könnte, welcher doch derselben, der Natur der Sache nach, nicht zu genügen im

Stan-

Stande ist, weil er noch nichts an den Schuldner zu fordern hatte. Ob überhaupt diese nach entstandenem Concurse gebohrne Forderung der Befriedigung im Concurse fähig sey, ist eine andere Frage, die aus der Eigenschaft dieser Forderung selbst, und der Art, wie solche entstanden ist, beurtheilet werden muß.

Ich verbinde hiermit der Aehnlichkeit halber noch die Untersuchung einer andern Frage: wie! wenn ein Gläubiger der präclusivischen Ladung um deswillen nicht Genüge leistet, weil er bereits von dem Schuldner befriediget war, und nun ihm von den Gläubigern, entweder aus dem Grunde, weil er nach dem Ausbruch des Concurses, oder wenn auch vorher, doch durch eine Gratification des Schuldners, seine Bezahlung erhalten hat, solche wieder abgestritten wird, kann ihm da die präclusivische Ladung hinderlich seyn, um seine Forderung beym Concurse anzugeben?

Dem ersten Anblick nach scheint es kein Bedenken zu haben, die Frage dahin zu entscheiden, daß der Gläubiger noch allerdings mit seiner Forderung gehört werden müßte. — War er doch damahls, wie die präclusivische Ladung erlassen wurde, nicht mehr Gläubiger des Schuldners, indem er bereits das Seinige erhalten hatte, und was sollte er also beym Concurse angeben? — Ich setze hier nemlich voraus, daß er damahls noch nicht von der übrigen Gläubigerschaft in Anspruch genommen, oder wenigstens doch noch nicht zur Herausgabe der erhaltenen Zahlung verurtheilet war.

Allein dem allen ohnerachtet, glaube ich doch mit von Trützschler [79]), daß ihm die präclusivische Ladung entgegenstehen müsse. Denn da er seine Befriedigung nicht auf eine gültige Art erhalten hatte, so blieb er nach wie vor Gläubiger, und in dieser Qualität war er sich zu melden verbunden, wenn er beym Concurse befriediget werden wollte. Ob und in wie ferne ihm

ihm die Restitution zu statten kommen könne, werde ich unten untersuchen.

79) a. a. O. §. 25.

§. 170.

Fortsetzung.

Und nun noch zweytens zur Untersuchung der Frage: wie die Angabe der Forderungen beym Concurse geschehen müsse? die Angabe der Forderungen, welche jemand an den Gemeinschuldner oder dessen Gütern macht, beym Concurse, richtet sich zwar sehr nach der Verschiedenheit derselben, indeß so lassen sich doch davon einige allgemeine Grundregeln angeben.

I) Die Forderungen, welche jemand an den Schuldner oder dessen Vermögen beym Concurse macht, müssen specifice angegeben werden, und hat jemand mehrere Forderungen so muß, jede Forderung besonders angegeben werden.

II) Wenn bey Forderungen Zinsen mit vorkommen, so müssen auch solche nicht nur überhaupt, sondern auch mit Bemerkung der Zeit, von welcher sie angehen (termini a quo), imgleichen wie hoch sie sich belaufen, angezeigt werden. Wird nur bloß das Capital angezeigt, so gehen die Zinsen hernach verlohren, indem ein liquidirender Gläubiger nicht anders anzusehen ist, als ein jeder anderer Kläger, welcher ebenfalls auf die Zinsen mit libelliren muß, wenn er will, daß auch der Richter darauf erkennen soll.

III) Muß auch bey der Angabe der Forderung die caussa debendi mit angegeben werden. Indeß so schadet es demjenigen, welcher seine Forderung beym Concurse angiebt, nicht, wenn er auch gleich eine unrichtige caussam debendi mit angegeben haben sollte, wenigstens kann ihn die Präclusion deshalb nicht treffen. Ob ihm aber die irrig an-

angegebene caussa debendi nicht in so ferne schaden könne, daß wenn er seine Forderung aus einem bessern Grunde liquidiren, und dadurch den Vorzug vor andern Gläubigern hätte erlangen können, er nun dieses Vorzugs verlustig wird, ist eine andere Frage, die von vielen [80]) zwar gerade zu bejahet wird, meiner Meynung nach aber verneinet werden muß, indem er nur bloß zur Angabe seiner Forderung eigentlich vorgeladen wird, und es ihm daher noch frey stehen muß, den in der Angabe der caussae debendi begangenen Fehler zu emendiren.

Uebrigens kommt nach gemeinen Rechten nichts darauf an: ob derjenige, welcher einen Anspruch an den Gemeinschuldner, oder dessen Vermögen zu machen hat, sich schriftlich oder mündlich deshalb meldet, ob er zugleich bey der Angabe seiner Forderung die Richtigkeit derselben darzuthun vermag, oder nicht. Denn wenn gleich, was den ersten Punct anbetrifft, nach dem Gerichtsbrauch in den meisten Landen [81]) eine mündliche Anzeige der Forderung beym Concurse eingeführt ist, so muß doch die schriftliche Anzeige von der Wirkung der präclusivischen Ladung befreyen, weil man denjenigen, der seine Forderung schriftlich angiebt, nicht des Ungehorsams beschuldigen kann. Und eben so kann, was den zweyten Punct anbetrifft, niemand dadurch Nachtheil erleiden, daß er die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen nicht sogleich darzuthun im Stande ist. Denn wenn auch gleich durch den Gerichtsbrauch als Regel eingeführt worden, daß alle, welche an den Schuldner oder dessen Vermögen Ansprüche machen, in dem präfigirten Termin nicht nur diese angeben, sondern auch liquidiren müßen, so ist doch das letztere nicht durchaus nothwendig, sondern es kann derjenige, welcher nicht sogleich seine Forderung zu bescheinigen im Stande ist, sich von dem Richter eine besondere Frist dazu erbitten [82]).

80) von

80) von Trütschler a. a. O. 2. Abschn. 2. Abth. §. 28.

81) Kraft practische Anmerkungen zum Concurs-Proceß §. 169.

82) Daher leidet auch der keinen Nachtheil, welcher an dem in der präclusivischen Ladung anberaumten Termin erscheint, seine Forderung anzeigt und liquidirt, aber die Liquidation nicht auf die gesetzmäßige Art beschafft, sondern diesem muß ein neuer Termin zur Liquidation bestimmt werden.

§. 171.

Von der Wirkung der eigentlichen Präclusion und dem Zeitpunct, wo solche eintritt.

So weit von den Erfordernissen zur eigentlichen Präclusion. Nun wollen wir uns auch mit der Untersuchung der beyden wichtigen Fragen beschäftigen: 1) welche Wirkung die eigentliche Präclusion hervorbringe, und 2) welches der Zeitpunct sey, wo diese Präclusion eintritt.

Wenden wir uns zuvörderst zur Beantwortung der Frage: welche Wirkungen bringt die eigentliche Präclusion bey Concursen hervor? so läßt sich hier der allgemeine Grundsatz feststellen: die Wirkung der Präclusion bey Concursen kann in nichts anders als in der Ausschließung von der Theilnehmung an dem gegenwärtigen Concurse, und der Concursmasse bestehen, indem im vorliegenden Fall der Richter ein anderes Präjudicium weder androhen noch vollziehen kann. Zwar fehlt es nicht sowohl an ältern [83]) als neuern Rechtsgelehrten [84]), welche den ungereimten Satz behaupten [85]), daß durch die Präclusion das ganze Recht des Präcludirten erlösche, und ihn die Strafe des ewigen Stillschweigens treffe; allein der Ungrund dieser Behauptung ergiebt sich daraus hinlänglich, weil die Präclusion sich auf die dem Richter bey Concursen verstattete Macht begründet, und demselben daher nicht erlaubt seyn kann, ein

größe-

größeres Präjudiz zuzuerkennen, als die Gesetze auf die Unterlassung einer Obliegenheit bestimmt haben [86]). Der Gerichtsbrauch entscheidet auch für unsere Behauptung zu sehr, als daß wir solche noch durch mehrere Gründe zu unterstützen nöthig hätten. Ja es wird nach demselben, wenn auch ausdrücklich von dem Richter erkannt seyn sollte, daß die ausgebliebenen Gläubiger ꝛc. ihrer Forderung für verlustig zu achten, solches doch nur immer von dem jetzigen Concurse verstanden [87]). Es läßt sich auch auf Seiten des nicht erschienenen Gläubigers keine stillschweigende Verzichtleistung auf seine Forderung annehmen, wenn auch derselbe vorsetzlich sich nicht eingefunden haben sollte, sondern alles, was daraus gefolgert werden kann, ist eine stillschweigende Entsagung der Theilnehmung an der Concursmasse.

Kann also gleich nach diesen Grundsätzen ein präcludirter Gläubiger an der constituirten Concursmasse keinen Anspruch mehr machen, sondern wächst vielmehr dasjenige Quantum, welches er erhalten haben würde, der Concursmasse zu, und kommt den andern Gläubigern zu gute, so bleibt doch seine Forderung an und für sich selbst bey vollkommener Kraft, und äußert ihre Wirkung sowohl gegen andere, als auch selbst gegen den Gemeinschuldner. Dieser letztere Satz bedarf eine weitere Ausführung.

83) Vergleiche Salgado de Samoza, in labyrintho creditor. concurrent. *P.* 1. *C.* 8. *No.* 15. folg. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

84) LEYSER meditat. ad Pandect. *Spec.* 490. *med.* 1.

85) Man beruft sich vorzüglich auf *L.* 6. *C de remiss. pignor.*, nach welchem diejenigen Gläubiger, welche ein Pfandrecht an einem Grundstück, das verkauft werden soll, haben, und öffentlich solches anzuzeigen aufgefordert worden, im Unterlassungs-Fall dieses Pfandrechts verlustig erklärt werden. Allein ist denn mit dem Verlust des Pfandrechts auch schon der Verlust der Forderung selbst, weswe-

gen dasselbe bestellt war, verbunden? Anderer Gründe bedient sich zwar Leyser a. a. O. die aber so seicht sind, daß es wirklich zu bewundern ist, wie er darauf verfallen könne. Allein, welche unrichtige Grundsätze haben nicht von jeher in der Lehre vom Concurse die falschen Begriffe von den Wirkungen des Concurses hervorgebracht? Es sey mir doch erlaubt, den Leyser selbst reden zu lassen, zu widerlegen brauche ich ihm nicht. Ego vero, sagt er, cum his sentio, qui creditorem in concursu generaliter praeclusum actiones omnes, etiam personales, amittere dicant. Namque concursus in locum debitoris subintrat, ac personam eius repraesentat, ut adeo, qui ius suum omne in concursu amisit, nihil quoque iuris adversus debitorem retineat.

86) von Trützschler a. a. O. §.

87) Hieraus ergiebt sich, daß von dem Unterschied bey der Präclusiv-Ladung nichts zu halten ist, welchen ebenfalls Leyser a. a. O. berücksichtiget wissen will: nemlich, ob in der Präclusiv-Ladung sich der Ausdruck befinde: daß die *Creditores*, so sich nicht gemeldet, ihrer Anforderungen gänzlich verlustig, oder aber: daß sie von diesem Concurse gänzlich abzuweisen. Denn im ersten Fall geht der Richter weiter als ihm erlaubt ist, handelt hinfolglich nichtig.

§. 172.

Fortsetzung.

Ich habe erstens behauptet, daß die Forderung des Gläubigers ihre Wirkung gegen andere, als den Gemeinschuldner, äußern könne. Ich verstehe hier unter andern alle diejenigen, welche eine subsidiarische Verbindlichkeit zur Bezahlung der präcludirten Forderung auf sich haben, d. h. alsdann, wenn der Gläubiger solche nicht von dem Gemeinschuldner sollte erhalten können. Dahin gehört 1) der Richter, wenn der präcludirte Consens-Gläubiger auszuführen im Stande ist, daß a) wenn er auch gleich seine Forderung angezeigt, er doch von dem ihm verschriebenen Unterpfande nicht hätte bezahlt werden können, und b) solches daher rühre, weil der Richter bey der Consens-Ertheilung betrüglich, oder nachlässig

zu

zu Werke gegangen. Denn es ist ohnstreitig gewiß, daß hier dem Gläubiger eine Entschädigungs-Klage gegen den Richter zusteht [88]).

Ferner 2) kann auch die Forderung gegen denjenigen geltend gemacht werden, welcher dafür die Bürgschaftsleistung übernommen hatte. Zwar kann nach der richtigern Meynung [89]), wenn der Schuldner im Concurs verfallen ist, der Gläubiger nicht gleich gegen den Bürgen klagen, sondern er ist schuldig, sich erst im Concurs einzulassen, und zu erwarten, ob er daher etwas, und wieviel er erhalten werde; allein diese seine sonstige Verbindlichkeit kann hier nun nicht mehr in Betrachtung kommen, wo er von der Concursmasse präcludirt ist, mithin also seine Forderung im Concurse nicht mehr geltend machen kann. Und zum Vortheil des Bürgen läßt sich daraus, daß der Gläubiger sich präcludiren ließ, kein rechtmäßiger Befreyungs-Grund hernehmen, wenn auch solches absichtlich geschahe [90]).

Ist die präcludirte Forderung mit einer Hypothek versehen, und die verpfändete Sache ist vor dem Ausbruch des Concurses veräußert worden [91]) so kann auch noch 3) der Gläubiger gegen jeder Besitzer der verpfändeten Sache auf die Abtretung des Pfandstücks klagen, und sich auf diesem Wege zu seiner Forderung verhelfen.

88) Vergleiche Kraft am oben angef. Ort §. 200., welcher auch aus sehr triftigen Gründen zeigt, daß alle Clausuln, wodurch sich betrügerische oder nachläßige Richter gegen diesen Nachtheil zu sichern suchen, ohne Wirkung bleiben müssen.

89) *Ioh. Casp.* HEIMBURG D. de iure creditorum facta bonorum cessione adversus tertium competente. *Ien.* 1741. *Ioh. Gottfr.* SCHAUMBURG in princip. prax. Iurid. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. *not.* ******). Die ganze Absicht des Kaisers Justinians bey der Einführung des beneficii excussionis zeigt solches deutlich. Die Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Gläubiger, ohne sich im Concurs allererst

erst einzulassen, sogleich gegen den Bürgen klagen könne, begründen sich darauf, daß das beneficium excussionis sogleich wegfallen müsse, als der Schuldner nicht solvendo ist, und dies sey beym Concurse immer der Fall. Allein beym Concurse ist nur der Schuldner im ganzen nicht zahlfähig, wohl aber in Rücksicht auf einen einzelnen Gläubiger, wenn vorausgesetzt dieser von dem Richter einen guten Platz angewiesen erhält.

90) Man möchte hier entgegensetzen, daß der Gläubiger doch absichtlich seine Befriedigung von dem Schuldner zu erhalten verabsäumet habe, mithin ihm der Regreß gegen den Bürgen abgesprochen werden müßte, weil dieser nur in subsidium, und wenn der Gläubiger nichts von dem Hauptschuldner erhalten könnte, hafte, nicht wenn der Gläubiger von demselben nichts erhalten wollen. Allein dieser Einwurf ist bloß scheinbar, indem die Verbindlichkeit des Bürgen ihrer Natur und Eigenschaft nach sogleich eintritt, als von dem Hauptschuldner nichts mehr erhalten werden kann, ohne daß man auf die Ursache, warum nicht, Rücksicht nimmt.

Ohnstreitig gewiß scheint es mir jedoch zu seyn, daß in diesen Fällen der Bürge noch seinen Regreß an die Concursmasse nehmen, und das, was er dem Gläubiger bezahlen müßte, dorten liquidiren könne. Die Präclusion des Gläubigers kann ihm nicht entgegen stehen, und auch die Präclusion überhaupt nicht, indem er damahls noch nichts an den Schuldner zu fordern hatte.

91) Es versteht sich von selbst, daß die Hypothek wegfällt, so bald das Pfandstück im Concurse ist öffentlich versteigert worden. Auch die Natur der Präclusion ergiebt solches, indem der Gläubiger dadurch von allem Anspruch an der Concursmasse ausgeschlossen wird.

§. 173.

Fortsetzung.

Sehen wir zweytens auf die Wirkung, welche die präcludirte Schuldforderung gegen den Gemeinschuldner selbst behält, so ist ein Unterschied zu machen; ob von der Person des Schuldners, oder von dessen Gütern die Rede ist.

Was

Was zuvörderst die Person des Schuldners anbetrifft, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die Wirkung der Verbindlichkeit sich nach wie vor gegen dieselbe äußere. So kann z. B. ein Wechselgläubiger, der präcludirt ist, dennoch gegen den Schuldner auf Arrest dringen, auch sonst ein anderer Gläubiger auf Gefängnißstrafe, wenn der Schuldner zu der Classe der bösen Ansetzer gerechnet werden kann.

Ist hingegen zweytens von dem Recht des präcludirten Gläubigers an den Gütern des Gemeinschuldners die Rede, so finde ich die Frage: welche Wirkung die präcludirte Forderung in Ansehung derselben habe, nirgends zu meiner Zufriedenheit beantwortet. Auch selbst von Trützschler [92]) der sich noch am genauesten darüber ausgelassen hat, entscheidet sie nicht aus richtigen Grundsätzen. Er macht zwischen Gütern des Gemeinschuldners, welche derselbe nach dem Ausbruch des Concurses erworben hatte, und andern Gütern desselben einen Unterschied. In Ansehung der erstern glaubt er, sey es außer Zweifel, daß sich der präcludirte Gläubiger daran halten könne, doch müßte er dem Schuldner das beneficium competentiae gestatten, und hätten überdies die bey dem Concurse nur in tantum befriedigten Gläubiger, in Ansehung ihres Deficiens, mit dem präcludirten Gläubiger daran gleiche Rechte. Dahingegen in Ansehung derjenigen Güter, welche der Gemeinschuldner noch zur Zeit des über ihn verhängten Concurses besaß, und doch nicht zur Concursmasse gezogen worden, müsse man unterscheiden: ob deren Eigenthum bey der Cession auf die Gläubiger übergegangen sey, oder nicht. Die letztere Art von Gütern, als künftige Besoldung, Nießbrauch des weiblichen Vermögens u. s. f., bleibe dem Schuldner völlig eigen, und könnte der präcludirte Gläubiger daran keinen Anspruch machen. Dahingegen in Ansehung der erstern Art von Gütern müsse weiter unterschieden werden: ob es solche sind, welche

der

der Gemeinschuldner verheimlichet hat, und welche also den Gläubigern unbekannt geblieben, und erst von dem präcludirten Gläubiger entdeckt worden oder nicht, sondern zwar den Gläubigern bekannt gewesen, aber von ihnen vernachläßiget worden. In Ansehung jener müsse die Verordnung des *L.* 10. §. 16. *D de his quae in fraud. Creditor.* eintreten, und könne der prächudirte Gläubiger aus selbigen seine Befriedigung als eine Belohnung seiner Aufmerksamkeit verlangen, dahingegen er an diesen sich nur dann zu halten das Recht habe, wenn die Gläubiger auf ihrem wohlerworbenen Rechte an diesen Gütern ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet hätten.

92) a. a. O. 2. Abschn. 2. Abth. §. 44. folg.

§. 174.

Fortsetzung.

Eine richtige Beantwortung der vorliegenden Frage läßt sich nur alsdann treffen, wenn man zuvor bestimmt hat, was bey einem Concurse zur Concursmasse gehört — und da zeigt sich denn wiederum, wie leicht die Entscheidung werden muß, wenn man von richtigen Grundsätzen ausgegangen ist.

Der Umfang der Concursmasse bey Concursen muß einzig und allein aus den durch den Conurs den Gläubigern erworbenen Gerechtsamen, in Hinsicht auf das Vermögen des Schuldners, beurtheilet werden. Alles was sie vermöge derselben zusammen zu bringen, und auf ihre Befriedigung zu verwenden berechtiget sind, macht die Concursmasse aus. Diese Gerechtsame der Gläubiger sind nun, wie ich im ersten Hauptstück gezeigt habe, von verschiedenen Grenzen, je nachdem beym Concurse entweder die Güterabtretung vorgekommen ist oder nicht. Im ersten Fall erstreckte sie sich auf das zur Zeit der geschehenen Güterabtretung vorhandene Schuldneri-

sche

sche baare Vermögen, und auf die demselben damahls zuständigen Gerechtsame, im letztern Fall hingegen nicht nur auf das baare Vermögen, was der Schuldner beym Eintritt des Concurses hatte, sondern auch auf das, was ihm bis zur Beendigung des Concurses erworben wurde, und alle ihm bis dahin zustehende und erworbene Gerechtsame. Dies vorausgesetzt, muß der Inbegriff der Concursmasse auch verschieden bestimmt werden, je nachdem beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen ist oder nicht.

I) Wenn beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen ist, so begreift die Concursmasse das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene baare Vermögen des Schuldners, imgleichen das, was vermöge der dem Schuldner damahls zuständigen Rechte, in so ferne diese auf die Gläubiger übergehen konnten, erworben werden konnte, und erworben wurde. Dahingegen

II) wenn beym Concurse keine Güterabtretung vorkam, so begreift die Concursmasse nicht nur das zur Zeit des entstehenden Concurses vorhandene baare Vermögen des Schuldners, sondern auch das, was ihm während des Concurses erworben wird, und durch den Gebrauch der dem Schuldner zuständigen Rechte, so lange als der Concurs dauert, erworben werden kann. (Vergleiche das erste Hauptstück und die daselbst befindlichen Lehrsätze).

Diesem nach läßt sich nun, wie ich glaube, leicht bestimmen, welche Wirkung die von der Concursmasse präcludirte Forderung noch an den Gütern des Gemeinschuldners haben kann. Ich will zuerst den Fall vornehmen, wo beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen ist.

Ist 1) beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen, so ist die präcludirte Forderung des Gläubigers

an denjenigen Gütern sogleich wirksam, die der Schuldner nach der Güterabtretung erworben hat. Denn diese gehören nicht zur Concursmasse, und kann also die Präclusion sich auch darüber nicht erstrecken, welche bloß in einer Ausschließung von der Concursmasse besteht. Dahingegen

2) Wenn beym Concurse keine Güterabtretung vorgekommen ist, so läßt sich bis zur Endschaft des Concurs-Wesens kein Schuldnerisches Vermögen gedenken, was nicht zur Concursmasse gehörte, in so ferne solches nur überhaupt wegen der Verbindlichkeit des Schuldners in Anspruch genommen werden kann; mithin so kann die prälcludirte Forderung nur in Ansehung derjenigen Güter des Schuldners wirksam seyn, welche demselben erst nach Beendigung des Concurses erworben sind.

§. 175.

Fortsetzung.

Was die von dem Gemeinschuldner verheimlichten, und von dem prälcludirten Gläubiger entdeckten Güter des Schuldners anbetrifft, so gehören diese ohnstreitig zur Concursmasse, und muß sich daher die Präclusion auch darauf erstrecken. Dem prälcludirten Gläubiger daran ein Recht zur Belohnung seiner Aufmerksamkeit zugestehen zu wollen, gehört ohne gesetzliche Unterstützung zu den offenbarsten Ungereimtheiten. Aber der *L.* 10. *§.* 16. *D. de his quae in fraud. Creditor.* — unterstützt dieser denn jene Behauptung nicht hinlänglich genug?

Ich glaube nicht. Der *L.* 10. *§.* 16. *D. quae in fraud. Creditor.*, den man hier zum Stichblatt gebrauchen will, ist eben dasjenige Gesetz, welches ich im ersten Theil Seite 295. angeführt, und dort wörtlich abgeschrieben habe [93]). Ulpian erklärt darin die von einem Gläubiger seinem Schuldner vor dem Ausbruch des Concurses abgezwungene Bezahlung, unter gewissen oben

eben-

ebenfalls bemerkten Einschränkungen für gültig, und spricht den übrigen Gläubigern die Befugniß ab, die geleistete Zahlung mittelst der Paulianischen Klage zu revociren. Ist dies nun die Disposition jenes Gesetzes, wie jedem bey der bloßen Ansicht desselben einleuchten wird, so möchte ich doch wohl wissen, wie man aus demselben jenen Satz entweder geradezu, oder nur analogisch vertheidigen wollte [94]).

93) Und das nicht allein. — Ich habe oben auch von diesem Gesetz Anwendung gemacht. Zwar sagt von Trütschler a. a. O. von diesem Gesetz: es gehöre unter diejenigen, deren Anwendbarkeit zweifelhaft sey, allein daran kann ich noch bis dahin nicht glauben. Daß aber in der Art, wie von Trütschler das Gesetz mit Berufung auf Leyser (siehe die folg. Note) anwendet, die Anwendbarkeit desselben nicht nur zweifelhaft, sondern auch völlig ungegründet sey, will ich im mindesten nicht in Abrede ziehen.

94) Selbst Leyser in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 489. *M.* 10., der auf jenen Satz als auf etwas überaus wichtiges aufmerksam macht, weiß ihn nicht anders als durch ein Beyspiel zu bestärken, welches er einmahl auf einer Academie erlebt zu haben sich erinnert. Studiosus quidam, sagt er, obaeratus reculas suas clam exportarat, et in amici aedibus absconderat. Odoratur hoc quidam ex chirographariis, cui in concursu nihil sperandum erat, investigat res occultatas, in lucem protrahit, atque in iudicium defert. Re comperta confluunt caeteri creditores, laudant sedulitatem consortis sui, ipsum tamen ad infimum locum detrudere, hoc est excludere conantur. Imprimis hospes, qui conclave fugitivo locarat, ius pignoris urget. At Senatus academicus res servatas ei, qui illäs servarat addixit. Ich freue mich zwar herzlich, daß dies kein Urtheil eines Landes-Gerichts oder Spruch-Collegiums ist, allein ich finde mich auch noch dazu nicht geneigt, es für ein Urtheil eines Senatus academici zu halten. Ohne Zweifel ist diese Entscheidung das Resultat einer mahl verunglückten Prorector-Justiz.

§. 176.

Fortsetzung.

Nun noch zur Beantwortung der Frage: welche Wirkungen hat die prächudirte Forderung des Gläubigers in Ansehung derjenigen Vermögensstücke des Gemeinschuldners, welche von den andern Gläubigern sind ausgelassen worden? Diese setzt aber die Berichtigung einer andern Frage voraus, nemlich: welche Güter des Schuldners als beym Concurse ausgelassene Güter angesehen werden können?

Ausgelassene Güter beym Concurse nenne ich alle solche Vermögensstücke des Gemeinschuldners, in Ansehung derer die Concurs-Gläubiger zu erkennen gegeben haben, daß sie solche zu ihrer Befriedigung nicht zuziehen wollen. Dieser Fall tritt gemeiniglich bey Activis ein, an deren Exigibilität man zweifelt, oder die auch erst an entfernten Orten durch Processe eingetrieben werden müssen, welche die Gläubiger scheuen, und daher lieber solche gar nicht zur Concursmasse ziehen wollen.

Aus dem Begriff, welchen ich von ausgelassenen Gütern beym Concurse gegeben habe, folgt, daß dabey alles auf die Erklärung der Gläubiger ankommt, und ob diese den ihnen durch den Concurs an diesen Schuldnerischen Vermögensstücken erworbenen Gerechtsamen entsagt haben. Diese Erklärung kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen. Das erstere ergiebt sich von selbst, und dürfen wir daher nur dem letztern unsere Betrachtung widmen.

Stillschweigend geschieht eine solche Erklärung, wenn die Gläubiger während des Concurses nicht auf die Beytreibung Bedacht nehmen, also dadurch zu erkennen geben, daß sie die Sache nicht als einen Theil der

Con-

Concursmasse angesehen wissen wollen. So wenig auch diesem Satz die Richtigkeit streitig gemacht werden kann, so schwer ist es jedoch in vorkommenden Fällen auszumitteln, ob die Gläubiger wirklich Verzicht geleistet haben, oder ob nicht vielmehr die Beytreibung um deswillen unterlassen worden, weil ihnen vielleicht solche vor der Hand entweder schwer zu bewirken, oder wohl gar unmöglich schien. Eine Vermuthung solcher stillschweigenden Erklärung entsteht vorzüglich daraus, wenn solche Güter in dem Distributions-Abschiede ganz sind übergangen worden [95]).

Wenden wir uns nach Voraussendung dieses nunmehr zu der Frage: welche Wirkung die präcludirte Forderung eines Gläubigers in Ansehung solcher ausgelassenen Schuldnerischen Güter habe? so läßt sich allerdings behaupten, daß sich der Gläubiger an solche halten, und daraus seine Befriedigung begehren könne. Denn die Ausschließung, welche ihm betroffen hatte, erstreckte sich bloß auf die Concursmasse; die ausgelassenen Schuldnerischen Güter können aber nicht als ein Theil derselben angesehen werden, mithin muß in Ansehung ihrer eben das gelten, was in Hinsicht auf das, nach dem Ausbruch des Concurses, von dem Schuldner neu erworbene Vermögen gilt.

95) Ich sage eine Vermuthung der stillschweigenden Erklärung entsteht hieraus — nicht wie von Trützschler a. a O. §. 50. behauptet, eine völlige Gewißheit. Eine andere Frage ist jedoch: Ob nicht solche Schuldnerische Güter, deren Beytreibung von den Gläubigern unterlassen worden, durch die Beendigung des Concurs-Wesens von der Theilnahme an dem Bestand der Concursmassen ausgeschlossen werden; und diese glaube ich mit allem Recht bejahen zu können, es wäre denn, daß in dem Distributions-Abschiede den Gläubigern, welche aus der vorhandenen Baarschaft nicht befriediget werden konnten, daran besonders ein Regreß vorbehalten wäre.

§. 177.

Fortsetzung.

Zum Beschluß will ich noch ganz im kurzen davon handeln, auf wie vielerley Art und Weise, der von der Concursmasse mit seiner Forderung prächudirte Gläubiger, solche doch noch verfolgen kann.

Haben 1) die Gläubiger ausdrücklich erklärt, daß sie etwas von des Schuldners Gütern nicht zur Concurs-Masse ziehen wollen, welcher Fall sich schwerlich anders, als bey Activis des Schuldners, an deren Exigibilität man zweifelt, zutragen wird, so kann der prächudirte Gläubiger auch noch während dem Concurse diejenige Klage separatim gegen den Schuldner anstellen, welche aus der Forderung entspringt, solche bis zur Execution betreiben, die ausgelassenen Güter als Executions-Gegenstand angeben, und den Richter dahin angehen, daß ihm solche zu seiner Befriedigung eingeräumt werden [96]). Hätte die Novelle. 135. ein Ansehen in den Gerichten, so würde es dem Gläubiger erlaubt seyn, gegen den Schuldner des Gemeinschuldners utiliter diejenige Personal-Klage anzustellen, welche diesem zuständig war. Allein so ist er dazu nicht befugt [97]), es wäre denn, daß ihm der Schuldner selbst, oder auch der Richter diese Forderung assignirte [98]).

Ist 2) beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen, und hat der Schuldner gleich nach der Güterabtretung wieder etwas erworben, so kann ebenfalls der prächudirte Gläubiger, wenn auch gleich der Concurs noch im vollen Gange seyn sollte, die ihm zustehende Klage gegen den Schuldner anstellen, und aus diesem neuerworbenen Vermögen die Befriedigung verlangen, wobey jedoch die Verordnung des *L. 6. D. de ceff. bonor.* nicht außer Acht gelassen werden darf.

Ist 3) dem prächudirten Gläubiger wegen seiner Forderung von einem dritten ein Pfandrecht verwilliget wor-

worden, so hilft er sich dadurch am geschwindesten, daß er gegen diesen die hypothekarische Klage anstellt, und auf die Abtretung des Pfandstücks dringt, um sich daraus zu befriedigen. Und eben diese Befugniß steht ihm auch alsdann zu, wenn der Schuldner ihm eine Sache verpfändet, und solche vor dem Ausbruch des Concurses gültig auf einen Dritten übertragen hatte [99]).

Wenn 4) beym Concurse so wenig eine Güterabtretung vorgefallen ist, als von den Gläubigern Sachen, die dem Schuldner gehören, sind ausgelassen worden, auch der präcludirte Gläubiger sich nicht in dem No. 3. bemerkten Zustande befindet, so muß er wegen seiner Forderung das Ende des Concurses abwarten. Bleibt hier von dem Vermögen des Schuldners etwas übrig, was als ausgelassenes Gut angesehen werden mag, so kann er sich daran halten, sonst aber muß er den Zeitpunct abwarten, wo der Schuldner so wieder zu Kräften gekommen ist, daß er ihm ohne seinen großen Nachtheil befriedigen kann, indem auch hier die Verordnung des *L.* 6. *D de ceff. bonor.* analogisch angewendet werden kann [100]).

96) von Trütschler a. a. O. §. 53.

97) *Iac.* BORN de actione, quae creditori adverſus debitorem debitoris competit. *Lipſ.* 1704.

98) *Henr. Godofr.* MUMHARD L. S. de praecipuis ſpeciebus, quibus debitoris debitores conveniri poſſunt. *Helmſt.* 1792. §. 1. *ſeq.*

99) Befindet sich das Pfandstück noch unter des Schuldners Gütern, so gehört es zur Concursmasse, und ist der Gläubiger wegen der Präclusion auch seines Pfandrechts verlustig.

100) Vergleiche das erste Hauptstück des ersten Theils §. 34.

§. 178.

Fortsetzung.

Wir schreiten nun zur Erörterung der zweyten Frage (§. 171.): welches der Zeitpunct sey, wo die Präclusion eintritt, oder die Wirkungen der Präclusion ihren Anfang nehmen? über welche die Rechtslehrer in ihren Meynungen sehr getheilet sind. David Mevius [1]), Wilhelm Leyser [2]), Hert [3]), Brunemann [4]), Gottfried Reinhold Kösel [5]) und andere Rechtslehrer mehr [6]) behaupten, daß der Eintritt der Präclusion sogleich mit dem Ablauf des Liquidations-Termins erfolge, mithin durch den bloßen Ablauf des Liquidations-Termins das Recht des Gläubigers an der Concursmasse Theil zu nehmen erlösche. Sie berufen sich theils auf die Natur und Eigenschaft der Präclusiv-Ladung bey Concursen, theils auf die Analogie anderer ähnlichen Ladungen, wo ebenfalls das Recht des Geladenen nach dem Ablauf des festgesetzten Termins erlösche, wobey sie insbesondere von der im L. 6. und 8. C. *de remiss. pignor.* enthaltenen Verordnung Gebrauch machen. Dahingegen Salgado de Samoza [7]), Richter [8]), Lauterbach [9]), Voet [10]), Berger [11]) und andere sowohl ältere [12]) als neuere Rechtslehrer [13]) nehmen an, daß durch den Ablauf des Liquidations-Termins allein die Präclusion von der Concursmasse nicht bewirket werden könne, sondern diese erst durch ein Ausschließungs-Erkenntniß, welches entweder besonders ertheilt, oder der Locations-Sentenz angehangen werden könnte, herbeygebracht werden müßte.

Da die Frage in den gemeinen Rechten nicht entschieden ist, und beyde Theile sich auf den Gerichtsbrauch berufen [14]), der doch nur einer Meynung begünstigen kann; so muß solche aus der Natur der Sache, und aus dem Begriff der Präclusion entschieden werden.

Die-

Diesem zur Folge aber ist nichts ausgemachter, als daß die Wirkung der Präclusion sogleich mit dem Ablauf des liquidations-Termins ipso iure eintritt, indem dies die Natur und Eigenschaft der präclusivischen Ladung bey Concursen ergiebt. Sehr richtig urtheilt von Trützschler [15]) über diesen Punct, indem er einen Unterschied macht zwischen der Zeit, wo die Strafe der Präclusion verwirkt, und der, wo man in solche verurtheilt wird. Ersteres geschieht sogleich mit dem Ablauf des liquidations-Termins, letzteres hingegen allererst durch ein Ausschließungs-Erkenntniß, welches entweder besonders bald nach dem Ablauf des liquidations-Termins, oder als ein Anhang der locations-Sentenz mit derselben publicirt wird.

Sobald also der in der präclusivischen Ladung anberaumte liquidations-Termin verflossen ist, tritt die Wirkung der angedroheten Präclusion ein, und kann nun niemand mehr an der Concursmasse Anspruch machen. Jedoch versteht sich alles dieses unter der Einschränkung, wenn die Ladung auf die gehörige Art, und so, wie ich oben ausgeführt habe, erlassen ist. Denn hat die Ladung einen Fehler, wohin auch die unterlassene Androhung der Ausschließung von der Concursmasse gehört, so läßt sich freylich der Eintritt der Präclusion nicht gedenken, weil keine richterliche Erklärung der Ausschließung vorhanden ist, worin doch die ganze Präclusion besteht.

1) Ad ius Lubecens. *L.* 1. *Tit.* 3. *Art.* 1. *No.* 168. Jedoch ist dieser Rechtslehrer in seiner Behauptung sehr schwankend, wie aus s. Disc. levam. inop. debitor. *C.* 3. *No.* 130. zu ersehen ist.

2) In D. de concursu et graduat. creditor. *C.* 1. *th.* 5. *not. c.*

3) *Vol. II. Dec.* 917. *No.* 2. *seq.*

4) In conc. creditor. *C.* 3. *§.* 11.

5) In D. solam citationem edictalem legitime factam ad creditorum ignotorum praeclusionem sufficere. *Vitemb.* 1724.

6) Siehe *Georg Henric.* AYRER D. de poena praeclusionis in concursibus creditorum. *Goetting.* 1734. §. *IV.*

7) In labyr. creditor. concurrent. *C.* 8. *No.* 19. *seq.*

8) In Tr. de privilegiis creditorum *C.* 1. *M.* 1. *No.* 41. *seq.*

9) In Collect. nov. conf. Tübing. *Conf.* 47. *No.* 79.

10) Comm. ad D. Tit. *ex quib. cauff. maior. No.* 11.

11) In Oeconom. iuris *L. IV. Tit.* 31. §. 1. *Not.* 7.

12) Vergleiche Salgado de Samoza a. a. O.

13) Siehe Ayrer a. a. O.

14) Siehe Ayrer a. a O. und Schaumburg in princip. prax. Iurid. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. *Not.* ******). Ayrer selbst hat zwar die Gründe und Gegengründe weitläuftig auseinander gesetzt, sich aber über den eigentlichen Streitpunct nicht deutlich erklärt.

15) In der Lehre von der Präclusion der Gläuger 2. Abschn. 2. Abth. §. 4. *not.* 3.

§. 179.

Fortsetzung.

Die Gründe, welcher sich diejenigen Rechtslehrer, die behaupten, daß die Präclusion durch ein besonderes richterliches Präclusions-Decret allererst herbeygebracht werden müßte, bedienen, sind auch wirklich zu seicht, als daß sie im mindesten vorzuhalten vermöchten. Sie berufen sich nemlich eines Theils darauf, daß es doch allemahl sehr hart seyn würde, wenn die unbekannten Gläubiger durch den bloßen Ablauf des in der Edictal-Citation bestimmten Liquidations-Termins der Theilnahme an der Concursmasse verlustig gehen sollten, andern Theils darauf, daß in andern ähnlichen Fällen der Ablauf

lauf eines anberaumten Termins nicht ipso iure von dem Rechte, dessen Ausführung darin aufgegeben worden, ausschließe. Z. B. beym Diffamations-Proceß, wo der Diffamant noch nach abgelaufenem Termin, und so lange, als ihm durch eine Sentenz noch kein ewiges Stillschweigen auferlegt worden, mit der Ausführung seiner Diffamation gehört werden müßte. Hierzu, sagen sie, komme noch, daß, so lange noch nicht eine präclusivische Sentenz erlassen worden, alles sich in dem vorigen Zustande befinde, auch selbst nach der deutlichen Entscheidung des Kaisers Justinians im *L.* 10. *C. de bonis auctoritate Iud. poss. s. venundand.* der bloße Ablauf eines peremtorischen Termins, nicht das in demselben auszuführende Recht verlösche [16]).

Allein hierauf läßt sich antworten: 1) daß durch die Präclusion noch nicht durchaus immer das Recht an der Concursmasse Antheil zu nehmen verlohren gehe, indem auch dagegen, wie ich hernach zeigen werde, Restitution erlangt werden kann. 2) Daß von andern Fällen auf das Concurs-Wesen kein Schluß gemacht werden könne, dessen geschwinde und summarische Behandlung ja ausdrücklich in den Gesetzen angeordnet sey. 3) Daß bey der Präclusion beym Concurse ja alles auf die richterliche Erklärung ankomme, die nach den obigen Grundsätzen deutlich in der Edictal-Citation enthalten wäre, mithin man doch unmöglich sagen könne, daß noch res integra sey. Und was endlich 4) *L.* 10. *C. de bon. auctor. Iud. poss. s. venund.* anbetrifft, so ist darin von keiner präclusivischen Ladung die Rede, mithin davon keine directe Anwendung zu machen. Will man aber die Disposition dieses Gesetzes analogisch anwenden, so unterstützt sie gerade unsere Behauptung. Justinian bestimmt hier, wenn einige Gläubiger die Immission bereits erhalten haben, den übrigen eine bestimmte Frist, binnen welcher sie auch darum nachsuchen sollen, und fügt nun hinzu: Post completum autem memoratum tem-

tempus *nullam eis esse licentiam* eos, qui possessionem adepti sunt, molestare, vel aliquibus damnis afficere, actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores.

16) Weitläuftig findet man diese Gründe bey Ayrer a. a. O. S. 56. folg. ausgeführt.

§. 180.

Von den Rechtsmitteln, sowohl die Wirkung der Präclusion von sich abzuwenden, als sich sonst gegen den dadurch erlittenen Nachtheil zu helfen.

Wir haben bisher von der Beschaffenheit und den Wirkungen der eigentlichen Präclusion beym Concurse gehandelt; jetzt wollen wir auch untersuchen, welcher Rechtsmittel sich der Präcludirte bedienen könne, um entweder die Wirkung der Präclusion von sich abzuwenden, oder sich doch gegen den dadurch erlittenen Nachtheil zu helfen.

Was **zuvörderst** die Rechtsmittel anbetrifft, welche darauf abzwecken, die Wirkung der Präclusion von sich abzuwenden, so gehören dahin:

A) die Nullitäts-Querel [17]) und

B) das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wenden wir uns zuerst zu der Nullitäts-Querel, so kann sich dieser, der von der Concursmasse Präcludirte so oft bedienen, als der Richter einen unheilbaren Fehler bey der präclusivischen Ladung begangen hat. Z. B. bey der Bekanntmachung der Edictalien, oder durch Verkürzung des in Landesgesetzen vorgeschriebenen Zeitraums u. s. f. Behauptet der Präcludirte mit dieser Klage den Platz, so muß er zur Liquidation seiner Forderung noch zugelassen, und auf ihn bey der Locations-Sentenz Rücksicht genommen werden. Ja! sollte diese bereits angefertiget seyn, so muß sie wieder abgeändert, und er an die Stelle gesetzet werden, welche ihm vermöge seiner Forderung gebührt.

18) von

17) von Trützschler in der Lehre von der Präclusion beym Concurse. 2. Abschn. 3. Abtheil. §. 7. und 10. nimmt außer der Nullitäts-Querel noch andere Rechtsmittel an. Er unterscheidet nemlich: ob bereits eine richterliche Verfügung der Präclusion halber bey den Acten vorhanden ist, oder noch nicht. Im ersten Fall nimmt er an, daß alle diejenigen Suspensiv-Mittel gebraucht werden können, die beym Concurs-Gerichte zugelassen sind, vorausgesetzt, daß die Verfügung noch nicht in die Rechtskraft übergegangen ist. Im letztern Fall hingegen behauptet er, könnten der Natur der Sache nach solche Mittel nicht statt finden, weil hier keine wirkliche Sentenz vorhanden sey, sondern hier müsse der Präcludirte seiner Mitgläubiger Einwilligung zu der Zulassung seines Liquidi zu erhalten suchen, oder zur Restitution seine Zuflucht nehmen. — Da ich oben erwiesen zu haben glauben kann, daß der Eintritt der Präclusion mit dem Ablauf des Liquidations-Termins erfolge, und nicht erst von einer anderweitigen richterlichen Erklärung abhängig sey, so kann ich dieser Behauptung nicht meinen Beyfall geben.

§. 181.

Fortsetzung.

Was zweytens das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anbetrifft, so ist solches, so wie in manchen andern Fällen, also auch hier beym Concurse von großem Nutzen. Der gewöhnliche Begriff dieses Rechtsmittels läßt sich auch hier mit der gehörigen Modification anwenden. Man versteht nemlich darunter einen Anruf des Präcludirten, daß in Ansehung seiner Forderung der Concurs in denjenigen Zustand zurückgebracht werden möge, in welchen er sich zur Zeit des Liquidations-Termins befand [18]). Uebrigens treten bey diesem Rechtsmittel im Concurse eben die Grundsätze ein, welche von demselben überhaupt gelten. Es kann daher dasselbe 1) nur subsidiarisch gebraucht werden, nemlich wenn kein anderes Rechtsmittel zur Abwendung der Läsion vorhanden ist. Ferner 2) setzt es die Erstattung der Kosten jedesmahl voraus. Wird die

Resti-

Restitution noch vor der Anfertigung des Locations-Urtheis gesucht, so hat der Implorant bloß die Kosten desjenigen Termins zu tragen, der nun besonders zur Liquidation seiner Forderung anberaumet wird, imgleichen diejenigen, welche die Verhandlung dieserwegen mit dem Contradictor oder der Gläubigerschaft erfordert. Dahingegen, wenn nach Anfertigung der Locations-Urthel allererst darum gebeten wird, so muß der Implorant auch die Kosten erstatten, welche zur Anfertigung einer neuen Locations-Sentenz sind aufgewendet worden. 3) Kann diese Restitution so wenig vom Richter unangerufen, und ex officio, als ohne die andern Gläubiger zu hören ertheilt werden, indem diesen doch dadurch allemahl wohlerworbene Rechte entzogen werden, es wäre denn, was den letzten Punct anbetrifft, daß jemand diese Rechtswohlthat wegen seiner besondern persönlichen Eigenschaft nachsuchte, wo alsdann eine sogenannte restitutio brevi manu zu erfolgen pflegt, und sich auch sehr gut vertheidigen läßt [19]).

18) Ayrer a. a. O. S. 64. folg. von Trützschler a. a. O. §. 12.

19) *Wolffg. Ad:* SCHÖPFF tractat. de processs. unilaterali cum primis contumaciali *p.* 274. *Adam Frid.* REINHARDT de restitutione in integrum, quae fit brevi manu. *Bützow* 1778. SCHAUMBURG princ. prax. Iur. Iud. *L.* 2. *C.* 8. §. 19.

§. 182.

Fortsetzung.

Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey Concursen steht einem jeden zu, welcher durch die Präclusion in Schaden gekommen ist. Solche Personen, welche sich dieses Rechtsmittels lediglich aus dem Grunde, weil sie lädirt sind, bedienen können, haben auch hier weiter nichts als ihre Läsion zu erwei-

erweisen; andere hingegen müssen sich auf eine rechtmäßige Ursache berufen, und solche beweisen können, wenn sie zum Genuß dieser Rechtswohlthat zugelassen werden wollen. Ueberhaupt kann man in Ansehung der letztern hier füglich behaupten, daß dem Präcludirten so oft die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen müsse, als er ohne sein Verschulden die Präclusion erlitten hat. So wie diese Behauptung durch die allgemeinern Grundsätze von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unterstützt wird [20]), eben so steht ihr auch der Gerichtsbrauch zur Seite, nach welchem nirgends leichter, als gegen den Ablauf der Fatalien, dieses Rechtsmittel verstattet wird [21]).

Wenn das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beym Concurse mit Nachdruck gebraucht, und die Wirkung der Präclusion dadurch abgewendet werden soll, so muß es zu einer Zeit nachgesucht werden, wo es noch möglich ist, daß alles wieder in den Zustand versetzt werden kann, in welchem es sich zu der Zeit des liquidations-Termins befand, daß heißt, wo es noch möglich ist, den Präcludirten mit seiner Forderung zu hören, die Einreden der Mitgläubiger zu erörtern, und der Forderung, entweder durch Anweisung der gebührenden Stelle im Concurse, oder sonst abhelfliche Maaße zu verschaffen. So ausgemacht gewiß es ist, daß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor der Abfassung und Einholung des locations-Urthels mit voller Wirkung eingewandt werden kann, eben so wenig ist die Einwendung derselben einem Zweifel unterworfen, wenn sie auch erst nach der Anfertigung, und auch wohl gar der Publication des Graduations-Erkenntnisses geschehen seyn sollte, weil auch hier noch alles in den vorigen Stand zurückgebracht werden kann [22]). Ist hingegen die Concursmasse bereits unter den Gläubigern vertheilt, so findet, der Natur der Sache nach, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zwar

nicht

nicht in so ferne statt, daß das Concurswesen von neuen angefangen, und die Masse vertheilt werden könnte. Ob aber nicht die Restitution doch, und mit der Wirkung ertheilt werden könne, daß der restituirte Gläubiger sein Recht gegen seine bezahlten Mitgläubiger in der Maasse geltend zu machen befugt sey, daß er das Quantum seiner Forderung entweder ganz, oder zum Theil von denjenigen zurückfordert, welche nicht bezahlt worden wären, wenn seine Forderung vor der Vertheilung der Gütermasse dem Richter bekannt gewesen wäre — ist eine andere Frage, mit deren Untersuchung wir uns jetzt ausführlicher beschäfftigen wollen.

20) *L. 7. §. 1. D. de in integr. restitut.* — etenim *deceptis sine culpa sua* — succurri oportebit. Vorzüglich würde wohl hieher gehören, wenn die Edictal-Citation nicht zur Kenntniß des Präcludirten gelangt seyn, oder auch dessen Sachwald einen Fehler begangen haben sollte.

21) Ayrer a. a. O. S. 67.

22) Ayrer a. a. O. von Trützschler a. a. O. §. 24. LAUTERBACH collegium theoret. pract. *L. XLII. T. V.* §. 23. Dieser letztere Rechtslehrer erfordert zwar besonders 'alsdann, wenn die Graduations-Sentenz schon in die Rechtskraft übergegangen seyn sollte, eine causam gravem zur Restitution, erklärt sich aber darüber nicht deutlich. Und was soll auch hier die causa gravis? wird überhaupt durch den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das aus der Präclusion erworbene Recht der andern Gläubiger aufgehoben, warum nicht eben so gut das aus der Graduations-Sentenz erworbene Recht, ohne daß dazu noch eine besonders wichtige Ursache von nöthen wäre?

§. 183.

Fortsetzung.

Leyser [23]) scheint zwar nicht in Abrede zu seyn, daß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in dem vorigen Stand dem Präcludirten, wenn nur sonst eine recht-

rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist, auch dann noch angedeihen könne, wenn gleich schon die Concursmasse unter die Gläubiger vertheilt ist, welche ihre Forderungen beym Concurse angegeben haben; allein er läugnet, daß diese Rechtswohlthat dem Präcludirten jetzt noch vortheilhaft seyn könnte, indem eine neue Vertheilung nicht mehr unternommen werden könnte, auch dem Präcludirten und jetzt Restituirten keine Klage gegen die andern Gläubiger, die zur Perception gekommen, zuständig sey. Er beruft sich zur Bestärkung der letztern Behauptung, auf *L.* 4. *D. de condict. indebiti*, und *L.* 1. *§.* 12. *D. de separat.* Die erste Lex ist aus Paulus L. XIV. ad Plautium und es heißt darin: *Repetitio nulla est, ab eo, qui suum recepit*, tametsi ab alio, quam vero debitore solutum est. Die andere aus Ulpians Lib. LXIV. ad Edictum und lautet folgendergestalt: Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis *mixta sunt*, non posse impetrari separationem: *confusis enim bonis et unitis*, separatio impetrari non poterit. Auf das letztere Gesetz scheint selbst Leyser nicht viel zu bauen, indem er es nur analogisch angewendet wissen will, dahingegen den erstern legt er volle Beweiskraft seiner Behauptung bey.

David Georg Struben [24]), Carl Friedrich Walch [25]), Johann August Reichardt [26]) und von Trützschler [27]), hingegen gestatten dem Präcludirten auch nach der Vertheilung des Schuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger, nicht nur den Gebrauch der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn nur sonst eine zu Recht beständige Ursache vorhanden ist, sondern sie wollen auch demselben nach verlangter Restitution eine Klage gegen die Gläubiger, welche zu seinem Nachtheil etwas erhalten haben, auf Mittheilung verstattet wissen. Sie begründen sich nicht nur auf die natürliche Billigkeit bey ihrer Behauptung,

son-

dern auch auf die Verordnung der Gesetze. Vorzüglich wird von ihnen *L.* 19. *§.* 1. *D. de condict. indebiti* und *L.* 32. *D. de reb. credit.* als Beweisstellen angezogen.

23) In Meditat. ad Pandect. *Spec.* 490. *Med.* 1.

24) Rechtl. Bedenk. Th. 1. S. 170.

25) In introd. in controverſ. Iur. civilis edit nov. *Sect.* 4. *Cap.* 3. *Membr.* 2. *§.* 31.

26) In notis ad SCHAUMBURGI princ. prax. Iur. Iudic. *L.* 2. *C.* 8. *§.* 19. *not.* ****).

27) A. A. O. §. 26.

§. 184.

Fortsetzung.

Es ist ohnstreitig gewiß, daß dem Präcludirten, auch nachdem die Gütermasse bereits unter die Gläubiger vertheilet worden, nicht nur der Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn nur sonst eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden war, gestattet werden muß, sondern derselbe auch von denjenigen Gläubigern, welche, wenn er dem Richter eher bekannt gewesen wäre, nicht würden haben bezahlt werden können, die erhaltene Zahlung entweder ganz oder zum Theil zurückfordern könne. Es wird nicht schwer, beyde Sätze mit wenig Worten zu erweisen, sobald man nur von richtigen Principien ausgeht.

Was zuvörderst den Satz anbetrifft, daß dem Präcludirten, auch noch nach Vertheilung der Gütermasse unter die Gläubiger, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen müßte, so läßt sich dieser sehr leicht aus den allgemeinen Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand darthun. Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nemlich bekannter Maaßen, wenn nur sonst eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist, so oft gebraucht werden, als es noch möglich

sich ist, daß in Ansehung des lädirten, die Sache in den vorigen Zustand und so zurückgebracht werden kann, daß er von der erlittenen Verletzung geheilt wird. Dies ist aber in Ansehung des Präcludirten hier der Fall, mithin da die Restitution bey Concursen sich nach den Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt richtet, so muß auch davon dasjenige gelten, was von jenem gilt. Ist gleich die Concursmasse unter die Gläubiger bereits vertheilt, und das Concurswesen beendigt, und kann gleich keine neue Classification und Vertheilung mehr vorgenommen werden, so schließt doch alles dieses noch nicht die Möglichkeit aus, daß der Präcludirte zu dem Seinigen gelangen kann. Denn die Masse ist doch noch in den Händen der Gläubiger vorhanden, und es läßt sich, wenn man seine Forderung mit den Forderungen der befriedigten Gläubiger zusammenhält, noch immer ganz gut bestimmen, welchen Platz derselbe hätte erhalten müssen, wenn er sich vor der Anfertigung der Graduations-Sentenz gemeldet hätte, und welcher befriedigte Gläubiger demselben hätte nachstehen müssen. Kann also die Läsion des Gläubigers, der präcludirt ist, noch gehoben werden, so ist auch kein Grund abzusehen, warum man ihm den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigern wollte.

Anlangend zweytens den Satz, daß der präcludirte und in den vorigen Stand eingesetzte Gläubiger, von den Gläubigern, welche, wenn er bey der Vertheilung der Concursmasse bekannt gewesen wäre, nichts würden erhalten haben, die erhaltene Zahlung entweder ganz, oder zum Theil zurückfordern könne, so erfordert auch dieser keinen schweren Beweis. Die Gläubiger, welche beym Concurse ihre Bezahlung erhalten haben, gleichwohl aber solche nicht würden haben erhalten können, wenn der präcludirte Gläubiger dem Concurs-Richter damahls bekannt gewesen wäre, sind jetzt, wo der Prä-

cludirte in den vorigen Stand eingesetzt ist, gleichsam als solche zu betrachten, welchen aus Irrthum ein Indebitum bezahlt worden, daß sie zu restituiren verbunden sind. Zwar läßt sich solches nicht aus *L.* 19. *§.* 1. *D. de condict. indebiti*, wohl aber aus andern Gesetzstellen beweisen. Quod indebitum, sagt der Rechtsgelehrte, Pomponius, im *L.* 7. *D. de condict. indebiti*, per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur. Am meisten beweißt für unsere Behauptung *L.* 32. *D. de reb. creditis*, wo es heißt: Si, et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem Tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti: Sed propius est, ut obligari Te existimem: non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest); SED QUIA PECUNIA MEA, (QUAE) AD TE PERVENIT, EAM MIHI A TE REDDI BONUM ET AEQUUM EST. In diesem Gesetz ist von einem Fall die Rede, wo an einen Dritten Geld, das noch nicht in meinen Händen war, sondern nur mir hätte bezahlt werden sollen, gekommen war, und nun wird behauptet, daß dieser Dritte, obgleich er mir weder ex conventione noch ex delicto verbindlich ist, gehalten seyn solle, mir das Geld zu restituiren. Nichts ist gewiß billiger als die Verordnung dieses Gesetzes, und warum sollten denn mittelst Anwendung derselben die bezahlten Gläubiger nicht ebenfalls zur Restitution angehalten werden können, da sie doch gegenwärtig, wo der Präcludirte in den vorigen Zustand eingesetzt ist, als solche angesehen werden müssen, welche aus der Concursmasse Geld empfangen haben, welches doch eigentlich dem präcludirten Gläubiger gebührte [28]).

28) VON LYNCKER in Consil. et Resp. *Vol. I. Resp. III. No.* 23. *seq.*

§. 185.

§. 185.

Fortsetzung.

Die Gesetze, welche Leyser zur Vertheidigung seiner Meynung anführt, stehen diesem auch im mindesten nicht entgegen, sondern man kann wohl mit Recht von ihnen sagen, daß sie gleichsam mit den Haaren herbeygezogen sind. Die *L.* 44. *D. de condict. indebiti* redet von dem Fall, wo jemand das Seinige, obgleich nicht von dem wahren Schuldner, sondern von jemand anders empfangen hat, und verbietet die Repetion. Ohne mich einmahl, wie Struben [29]), auf die Vereinigung dieses Gesetzes mit *L.* 19. §. 1. *D. eod.* einzulassen, will ich hier nur bemerken, daß das Gesetz gar nicht anwendbar ist, indem man im vorliegenden Fall ja gar nicht von den andern Gläubigern, die ihre Bezahlung bekommen haben, sagen kann: sie hätten das Ihrige erhalten. Das was sie beym Concurse bekommen haben, ist ja jetzt, wegen der durch den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand veränderten Lage der Sache, als fremdes Geld anzusehen, welches ihnen eigentlich nicht gebührte, sondern was sie nur aus Versehen erhielten [30]). Und daß sie solches nicht behalten sollen, ist in *L.* 32. *D. de reb. credit.* deutlich entschieden, mithin muß hier alle analogische Entscheidung bey Seite gesetzt werden.

Noch weniger relevirt hier die Entscheidung des *L.* 1. §. 12. *D. de separat.* die ebenfalls Leyser für seine Behauptung anführt. Es wird darin der Gebrauch der Rechtswohlthat der Absonderung untersagt, wenn die Güter des Erblassers bereits mit dem Vermögen des Erben confundirt sind, aus dem natürlichen Grunde, weil man hier das Vermögen des Erblassers nicht mehr gehörig bestimmen und absondern kann. Ich werde von dem wahren Sinn des Gesetzes an dem gehörigen Ort weitläuftiger handeln. Hier bemerke ich nur, daß

1) das Gesetz nicht analogisch wegen der so großen Verschiedenheit der Sache angewendet werden kann, und 2) die Confusion nach der Natur der Sache hier keinen rechtlichen Grund abgeben kann, dem prälcudirten und restituirten Gläubiger die Zurückforderung abzusprechen.

29) a. a. O.

30) Diesem steht auch nicht entgegen, daß die Gläubiger das, was sie aus dem Concurse erhielten, lure perfecto fordern konnten, und es hätten erhalten müssen, wenn die Concursmasse zugelangt wäre. Das Suum ist hier nach dem zu bestimmen, was die Größe der Concursmasse nach der vom Richter bestimmten Ordnung der Gläubiger abwirft. Doch dem sey wie ihm wolle, allemahl giebt hier die Entscheidung des *L.* 32. *D. de reb. credit.* den besten Ausschlag. Denn nach diesen bleibt das, was die Gläubiger bekommen haben, nunmehr, da der präcludirte Gläubiger in den vorigen Stand restituirt ist, immer fremdes Geld, und muß daher als solches restituirt werden.

§. 186.

Fortsetzung.

Aber! was für eine Klage steht denn nun dem präcludirten und restituirten Gläubiger zu, um von den andern Gläubigern die erhaltene Bezahlung zurückzufordern? die Condictio indebiti kann hier nicht statt finden, wenn auch gleich solche nicht nur demjenigen, der selbst eine Nichtschuld geleistet hat, sondern auch dem, welcher dadurch, daß solches geschehen, verletzt worden, zuständig ist [31]). Denn allemahl setzt diese Klage eine wahre Nichtschuld voraus, welches man doch von der Bezahlung, welche die Gläubiger aus dem Concurse erlangt haben, nicht sagen kann, die höchstens nur relative, und in so ferne die Concursmasse nicht bis zu ihrer Befriedigung zureichte, als eine Nichtschuld zu betrachten ist. Eben so wenig läßt sich von der condictio sine cauſſa hier Gebrauch machen, weil die Zuerkennung des Richters schon cauſſam abgiebt. Es kann

hier

hier also keine andere Klage als die sogenannte ACTIO IN FACTUM oder Billigkeits-Klage statt haben [31]), welche so oft angestellet werden kann, als jemand aus der von einem prätorischen Gesetze, ohne Benennung einer Klage, bestätigten natürlichen Verbindlichkeit sich nicht mit dem Schaden des andern bereichern darf. Das Gesuch bey dieser Klage ist im vorliegenden Fall darauf zu richten, daß die Gläubiger angehalten werden sollen, entweder das Ganze, was sie erhalten, oder so viel herauszugeben, als sie weniger erhalten haben würden, wenn die Forderung des Klägers mit wäre classificirt worden.

31) Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1359. der neuest. Ausg.

32) Schmidt a. a. O. §. 1340. v. Trützschler a. a. O. §. 6.

§. 187.

Fortsetzung.

Zum Beschluß dieser Materie will ich noch zwey Fragen berühren, über welche ich noch nirgends hinlängliche Auskunft gefunden habe. Die erste davon ist die: Ob jemand, der vor dem Ausbruch des Concurses von dem Schuldner bezahlt worden, und daher die präclusivische Ladung nicht achtete, von welchem aber hernach mittelst der Paulianischen Klage die erhaltene Zahlung zurückgefordert wurde, sich gegen die ihm nunmehr entgegen stehende Präclusion in den vorigen Stand restituiren lassen könne?

von Trützschler [33]) spricht einem solchen Gläubiger den Gebrauch der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geradehin ab — wahrscheinlich aus dem Grunde, weil er sich dabey immer den Fall gedacht hat, wo der Gläubiger sich beym Empfang der Zahlung in mala fide befand, und mit dem Schuldner dahin colludirt hatte, daß ihn dieser mit Hintenansetzung

anderer Gläubiger befriedigte. Allein ich habe im dritten Hauptstück §. 105. erwiesen, daß die Gratification allein, die übrigen dadurch verletzten Gläubiger berechtiget, die geleistete Zahlung zurückzufordern, und daß dazu nicht erst die Collusion des Schuldners mit dem bezahlten Gläubiger nöthig sey, mithin würde noch immer die Frage unbeantwortet bleiben, was denn Rechtens sey, wenn der Gläubiger, der bezahlt ist, gar nicht einmahl um die Gratification wußte.

Ich fasse die Beantwortung dieser Frage unter folgenden Sätzen:

I) Wenn ein solcher Gläubiger der Collusion mit dem Schuldner zum Nachtheil der übrigen Gläubiger überwiesen werden kann, so steht ihm das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu. Die allgemeine Rechtsregel: dolose agentibus non succurrunt Iura, ist auch hier auf ihn anwendbar.

II) Hat ein solcher Gläubiger gewußt, daß ihn der Schuldner bey der Bezahlung mit Zurücksetzung anderer begünstigen wollen, so kann er ebenfalls nicht auf die Restitution Anspruch machen. Wird es ihm gleich nach den Gesetzen nicht verdacht, wenn er wissentlich seine Bezahlung entgegen nimmt, so kann man doch nicht von ihm sagen, daß er ohne sein Verschulden in Schaden gekommen sey. Er sollte und mußte wissen, was darauf erfolgen konnte, und daher auch auf seine Sicherheit Bedacht nehmen, wenigstens eventualiter seine Forderung beym Concurse anzeigen [34]).

III) Wenn endlich der Gläubiger zwar durch die Gratification des Schuldners seine Bezahlung empfing, aber nichts davon wußte, daß ihn der Schuldner anderen vorzog, so muß ihm ohnstreitig die Rechtswohlthat der Restitution gestattet werden, weil er hier die Läsion ohne alles sein Verschulden erlitten hat.

34) A. A.

33) a. a. O. 2. Abschn. 2. Abth. §. 25.

34) Daß solchen Personen, welchen erlaubt ist die Rechte zu ignoriren, auch hier Hülfe angedeihen müsse, wenn ihnen eine Zahlung dieser Art geleistet worden, darf ich wohl nicht erst erinnern.

§. 188.

Fortsetzung.

Eine zweyte hier noch zu erörternde Frage ist diese: Kann einem Vindicanten, oder jemanden, der sonst aus einem dinglichen Recht an eins der Schuldnerischen Vermögensstücke Anspruch macht, noch die Restitution zu statten kommen, wenn das Vermögen des Schuldners bereits öffentlich verkauft worden? Die Frage hat um deswillen in der Beantwortung ihre Schwierigkeiten, weil durch die Verstattung der Restitution sich eine allgemeine Verwirrung ereignet. Denn sobald z. B. der restituirte Vindicant, die durch die öffentliche Veräußerung auf einen dritten übertragene Sache in Anspruch nimmt, so hält sich dieser wegen der Gewähr an den Schuldner, oder vielmehr an die Gläubiger, mithin werden diese in Streitigkeiten verwickelt, die sie doch nicht verhüten konnten.

Allein diesem allen ohnerachtet glaube ich doch, daß dem Vindicanten sowohl, als jedem andern, der aus einem dinglichen Recht an einem Vermögensstück des Schuldners Anspruch macht, wenn nur sonst die gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet werden müsse. Denn so läßt sich doch noch allemahl die Sache in den vorigen Stand und so zurückbringen, daß die Läsion des Präcludirten gehoben werden kann, und weiter erfordern die Gesetze nichts, um von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Gebrauch machen zu können. Auf die Folgen, die etwa aus dem Gebrauch dieses Rechtsmittels entste-

hen, nehmen die Gesetze keine Rücksicht, mithin darf auch der Rechtsgelehrte solche nicht berücksichtigen.

Sobald also der Vindicant in den vorigen Zustand eingesetzet ist, so vindicirt er seine Sache von jedem Besitzer, auf welchen sie durch die Veräußerung gekommen ist, und eben so übt derjenige, welchem ein dingliches Recht an eins der Vermögensstücke des Schuldners zuständig war, solches nach wie vor, wenn er gegen die Wirkung der Präclusion restituirt worden, aus.

§. 189.

Fortsetzung.

Aus den oben von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt entwickelten Grundsätzen folgt, daß sich derjenige desselben nicht bedienen kann, welcher entweder vorsetzlicher Weise und aus muthwilligen Ungehorsam gegen die präclusivische Ladung, oder aus Nachlässigkeit sich einen Nachtheil zugezogen hat. Es ist also bey Concursen derjenige dieser Rechtswohlthat verlustig, welcher aus Vorsatz das liquidiren verabsäumt und contumaciam veram zu Schulden gebracht hat, und eben so derjenige, dem nur irgend einer Nachlässigkeit Schuld gegeben werden kann, es wäre denn, daß ihm der Gebrauch dieses Rechtsmittels wegen seiner besondern Eigenschaft zuständig wäre. Die Beurtheilung, ob jemand durch seine Fahrlässigkeit, an dem durch die Präclusion erlittenen Nachtheil Schuld sey, hängt von dem Ermessen des Richters ab.

Ob jemand, der die präcludirte Forderung einer solchen Person, die schon wegen ihrer besondern Eigenschaft des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fähig ist, z. B. eines Minderjährigen, an sich bringt, sich desselben ebenfalls zu erfreuen habe, ist unter den Rechtslehrern nicht ausgemacht [55]). Nach Papinian im *L. 42. fin. D. de administr. et peric. tutor.*

tor. et curator. wo es heißt: non *causae* sed *personae* succurritur, ob praecipuum *aetatis* favorem, scheint es, als wenn die Verneinung der Frage keinem Zweifel unterworfen sey, indem der Grund, warum die Restitution verstattet wird, bey einem andern, der nicht eine solche Eigenschaft hat, wegfällt, und ohne demselben sich die Befugniß dazu nicht gedenken läßt. Allein da nach Paulus im *L.* 24. *pr. D. de minorib.* der durch einen Minderjährigen in Schaden gebrachte Großjährige gegen jenen auf die Abtretung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und darauf dringen kann, daß ihn dieser zum Procurator in rem suam machen möge, um den erlittenen Nachtheil abzuwenden, so sehe ich nicht ein, warum auch dies in Ansehung desjenigen nicht statt finden soll, welcher beym Concurse eine präcludirte Forderung eines Minderjährigen, oder einer andern Person an sich brachte, der vermöge einer besondern Eigenschaft die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuständig war [36]). Ich behaupte daher, daß ein solcher auf die Abtretung dieses Rechtsmittels dringen, und sich nun gegen die Wirkungen der Präclusion helfen könne.

35) Vergleiche von Trütschler a. a. O. §. 18.

36) Vortrefflich findet man diesen Punct erläutert bey Glück in der D. de vita petendae restitut. in integrum praet. §. 4. not. 44. in seinen Opuscul. Iuridic. *fasc. sec. p.* 284.

§. 190.

Fortsetzung.

Das Verfahren bey der Restitution eines Präcludirten beym Concurse kömmt übrigens völlig mit demjenigen überein, welches bey dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt gebräuchlich ist, und bedarf daher keiner besondern Erörterung.

Nur ist dabey noch zu bemerken, daß allemahl diejenigen, welchen die Restitution des Präcludirten nachtheilig seyn kann, gehört, und mit ihren Einreden dagegen vernommen werden müssen. Diese bestehen nun theils in der Ausflucht der Unstatthaftigkeit des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, theils in andern ähnlichen, nach den Umständen der Sache sich richtenden Ausflüchten.

Ob den bezahlten Gläubigern, wenn der restituirte Gläubiger von ihnen die empfangene Bezahlung wegen seines Vorzugs-Rechts abfordert, die Einrede der Verjährung, wenn sie das Geld drey Jahre hindurch besessen haben, zuständig sey, scheint mir nicht so ausgemacht, wie von Trütschler [57]) glaubt, der sie daher auch als eine sehr wichtige Einrede empfiehlt. Denn kann dies, daß ihnen von dem Concurs-Richter bey der Distribution der Concursmasse das Geld ausgezahlt war, sie nicht von der Restitution desselben befreyen, so kann es eben so wenig die Präscription. Denn so gut als durch die Verjährung ihnen das Eigenthum des Geldes erworben wird, eben so gut wird auch solches durch die richterliche Auszahlung bewerkstelliget, mithin kann hier aus dem erworbenen Eigenthum kein hinlänglicher Grund zur Vertheidigung hergenommen werden. — Und wozu endlich der Besitz von drey Jahren bey etwas, an dem man schon durch die Uebertragung das Eigenthum erlangte, mithin solches nicht erst durch Verjährung zu erwerben brauchte.

Sieht man auf das Forum, bey welchem die Restitution nachgesucht werden muß, so ist dies allemahl das Concurs-Gericht, von welchem die präclusivische Ladung erlassen, und daher die Präclusion hervorgebracht worden. Dahingegen, wenn der Restituirte von den Mitgläubigern die erhaltene Bezahlung zurückfordern, oder sein sonst durch die Restitution wieder erlangtes Recht verfolgen will, so ist allemahl der Gerichtsstand des Beklagten allein das Forum competens, bey welchem er seine

Klage

Klage anbringen, und die erhaltene Restitution zum Grunde legen muß.

37) A. a. O. §. 30.

§. 191.

Fortsetzung.

Das Erscheinen eines Gläubigers im Liquidations-Termin, welches anstatt der Liquidation mit einer Protestation gegen die Formirung des Concurses verbunden ist, kann die Präclusion nicht von demselben abwenden, vielmehr treten seiner Protestation ohnerachtet die Wirkungen der Präclusion gegen ihn ein [38]). Der Grund ist, weil er keine Befugniß zu protestiren hatte, mithin kann ihn die eingelegte Protestation auch nicht von den gehässigen Wirkungen der Präclusion befreyen. — Und eben so wenig kann die Protestation gegen die Einlassung in den Concurs die Wirkungen der Präclusion abwenden, wenn solche hernach, als dem Gläubiger nach den Gesetzen doch obliegend, befunden werden sollte, wenn er etwa an der gegenwärtigen Concursmasse Theil zu nehmen Willens war [39]).

38) *Dav.* MEVIUS in Decision. *P.* 2. *Dec.* 287. von Trütschler a. a. O. 2. Abschn. 2. Abth. §. 28.

39) Ein immittirter Gläubiger — ferner ein solcher, dem das Retentions-Recht zuständig war, kann daher durch die Protestation gegen die Einlassung in den Concurs nicht die Wirkung der Präclusion von sich abwenden, weil er sich in den Concurs einzulassen nach den oben gelehrten Grundsätzen schuldig ist, wenn er an der Concursmasse Antheil nehmen will.

§. 192.

Fortsetzung.

Wir kommen nun zweytens nach Anleitung des §. 180. zu den Rechtsmitteln, wodurch der Präcludirte zwar nicht die Wirkungen der Präclusion eigentlich von sich abwenden, wohl aber sich sonst gegen den durch die Prä-

Präclusion erlittenen Nachtheil helfen kann. Deren giebt es aber weiter keines, als die actio male iudicati, die hier füglich utiliter gebraucht werden kann, und mittelst welcher der Verletzte den Concurs-Richter, der ihm durch sein gravirliches Verfahren bey der Direction des Concurs-Wesens geschadet hat, in Anspruch nimmt, und von ihm den Ersatz der ihm erwachsenen Schäden und Kosten fordert [40]). Freylich ist an und für sich dieses Rechtsmittel, besonders in Ansehung des Beweises, sehr beschwerlich, allein hier beym Concurse wird der Beweis sehr leicht, wenn man die Vorschrift der Gesetze, und das gravirliche Verfahren des Richters gegen einander hält. Indeß! kann der Richter erweisen, daß wenn auch seiner Seits kein Fehler begangen worden — daß wenn auch die Forderung des Klägers ordentlich wäre angezeigt und nicht präcludirt worden, dennoch derselbe gar nicht, oder doch nur zum Theil zur Perception gelangt seyn würde; so entkräftet er dadurch die gegen ihn angestellte Klage ganz, oder zum Theil, so wie auch hier dem Richter noch mancherley andere Einreden, die gegen diese Klage überhaupt statt finden können, zu gute kommen müssen [41]).

40) *pr. I. de oblig. quae quasi ex del.* Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1295.

41) Ebenderselbe §. 1299.

§. 193.

(B.)

Von der uneigentlichen Präclusion beym Concurse.

Wir wenden uns nunmehr zu der uneigentlichen Präclusion beym Concurse, die sich sowohl in Ansehung der Ursache als der Wirkung so sehr von der eigentlichen, von welcher bisher gehandelt worden, unterscheidet.

Unter uneigentlicher Präclusion beym Concurse verstehe ich die richterliche Erklärung, daß jemand, wel-

welcher sich in dem anberaumten Liquidations-Termin gebührend gemeldet, seiner Forderung dennoch, und zwar darum verlustig seyn soll, weil er in dem Laufe des Proceesses etwas verabsäumt hat, welches dazu nöthig war, sein Recht geltend zu machen. Zu den Erfordernissen einer uneigentlichen Präclusion bey Concursen gehört also, daß jemand zwar beym Concurse seine Forderung angegeben, aber in der Folge etwas unterlassen haben muß, was zur Deduciirung und Entgegennahme seines Rechts wesentlich nothwendig war. Eine solche Nachlässigkeit kann sich nun auf verschiedene Art ereignen, und es gehört dahin:

1) wenn sich ein Liquidant an der ihm von dem Concurs-Richter zuerkannten Bescheinigung oder Gegenbescheinigung versäumt. Dies setzt voraus, daß ein gewisser Bescheinigungs-Termin, der eine gesetzliche Frist begriffen, bestimmt gewesen, und der Liquidant solchen vorbeygehen lassen, ohne die ihm nachgelassene Bescheinigung zu führen. So wie bey einem Processe überhaupt, wenn der Kläger nicht beweißt, der Beklagte losgesprochen wird, eben so ist dieses auch beym Concursproceß der Fall. Läßt also der Liquidant das ihm gerichtlich bestimmte Beweis-Fatale verstreichen, ohne seiner Obliegenheit zu genügen, so wird er mit seiner Forderung abgewiesen, und kommt diese seine Versäumniß den Mitgläubigern zu statten, indem man jetzt annimmt, daß die Forderung, an deren Bescheinigung sich der Liquidant verabsäumt, gar keine gerechte Forderung sey, weil er in Ansehung derselben die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllet.

Obgleich es beym Concursproceß in Ansehung des Beweis-Termins eben so, wie bey jedem andern

dern Processe gehen, und mit dem Ablauf desselben sogleich das Recht des Gläubigers erlöschen sollte, so wird es doch damit in der Praxis nicht so genau genommen [42]), sondern auch bisweilen noch nach abgelaufenem Bescheinigungs-Termin der Gläubiger zugelassen, so wenig sich auch dieses mit den Lehrsätzen von einem Beweisfatale vereinbaren läßt [43]).

42) Joh. Jac. Ludovici Einleitung zum Concursproceß 6. Capit. §. 1 — 13.

43) Wegen der Bescheinigung der Richtigkeit der Forderung, und der Gegenbescheinigung ist Schaumburg in princ. prax. Iurid. Iudicior. *L.* 2. *C.* 8. §. 12. und Kraft in den praktischen Anmerkungen zum Concursproceß §. 166. folgd. nachzulesen.

§. 194.

Fortsetzung.

Ferner

2) gehört hieher, wenn der Liquidant sich an der Ablegung des ihm zuerkannten Eides versäumt. Die in den Gesetzen angeordnete summarische Behandlung des Concurs-Wesens fordert es, daß bisweilen die sonst nothwendige strenge Beweisführung wegfallen muß, und der Gläubiger, wenn er nur einiger Maßen die Wahrheit und Richtigkeit seiner gemachten Forderung darthun kann, zur eidlichen Erhärtung derselben aufgefordert wird [44]), wenn er sich nicht etwa auch selbst schon dazu erbietet. Erscheint er hier nun nicht, und leistet den schuldigen Eid, so wird er in die Strafe des nicht schwören wollenden verurtheilt, welches nach der Regel: actore non probante reus absolvitur zur Folge hat, daß der Schuldner von der Verbindlichkeit gegen den an ihn Anspruch machenden Gläubiger entbunden wird.

Glei-

Gleichergestalt gehört auch zu den Unterlassungen, welche die uneigentliche Präclusion zur Begleiterin haben,

3) wenn der liquidant die ihm aufgegebene legitimatio ad causſam nicht bewirkt. Die eigentliche legitimation zur Sache (legitimatio ad causſam) besteht darin, daß der Kläger gerichtlich darthut, wie er derjenige sey, für welchen er sich vermöge seines Klaggrundes ausgiebt, z. B. der Erbe des Gläubigers, der das geklagte Anlehn vorgeliehen hat, oder der Cessionar des libellirten Rechts [45]), mithin wird hier beym Concurse unter legitimatio ad causſam verstanden, daß der liquidant darthut, wie er derjenige sey, dem der Anspruch an den Schuldner zustehe, den er liquidirt. Die Berichtigung der legitimatio ad causſam liegt jeden liquidanten beym Concurse ob, so ob, daß auch selbst der Besitz der Documente, und wenn auch selbige auf den Inhaber lauten sollten, nicht davon befreyt. Unterläßt nun der liquidant solche beyzubringen, so ist der Verlust der Forderung in Ansehung seiner unvermeidlich, indem er eben so als derjenige, welcher sein Recht an den Schuldner überhaupt nicht dargethan hat, betrachtet, und nach gleichen Grundsätzen, wie dieser, beurtheilt werden muß [46]).

So wie in dem zweyten vorher erwähnten Fall die Desertion des Eides ohnstreitig den Mitgläubigern zu statten kommt, eben so wenig ist es in diesem dritten Fall einem Zweifel unterworfen, daß dasjenige Quantum, mit welchem ein solcher, der sich nicht ad causſam legitimirt hat, zur Perception gekommen seyn würde, der Concursmasse zum Vortheil der übrigen Gläubigerschaft zuwachsen müsse.

44) Schaumburg a. a. O. §. 12. *not.* **).

45) *Ioh.*

45) *Ioh. Tob.* CARRACH D. de vera indole exceptionis legitimationis ad causſam §. 10. *seq.*

46) von Trütschler a. a. O. 3. Abschnitt §. 8. f.

§. 195.

Fortsetzung.

Zu den Unterlassungen, welche die uneigentliche Präclusion herbeyführen, gehört endlich noch

4) wenn diejenigen, welche zwar ihre Obliegenheiten während des Concurses beobachtet haben, sich doch zur Empfangnehmung des, nach dem Distributions-Bescheide auf sie kommenden Perceptions-Quanti der ergangenen richterlichen ladung ohnerachtet nicht melden. Man wende nicht ein, daß sich dieser Fall wohl nicht zutragen werde, indem der, welcher einmahl beym Concurse seine Forderung liquidirt und ausgeführt hat, auch gewiß darauf Bedacht nehmen werde, solche zu heben. Allein dauern nicht größere Concurse häufig zehn, zwanzig und mehrere Jahre, und wie leicht ist es da nicht möglich, daß die Liquidanten selbst versterben, und entfernte von der Forderung gar nicht unterrichtete Erben hinterlassen können? Es trifft sich auch ja häufig, daß die Liquidanten, weil sie entweder keinen Begriff von dem Vorzug ihrer Forderung haben, oder wegen der Geringfügigkeit der Masse ihrer Befriedigung nicht trauen, oder endlich auch den außergerichtlichen Aufwand scheuen, gar nicht weiter nach ihrer Forderung fragen. Der Fall gehört also nicht allein nicht zu den erdachten, sondern ist auch noch überdies von Wichtigkeit, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Soll

Soll ein solcher säumiger Gläubiger seiner Forderung verlustig werden, so ist dazu nicht hinreichend, daß er sich in dem anberaumten Termin zur Vertheilung der Masse nicht einfindet, sondern es müssen noch von Seiten des Richters Handlungen unternommen werden, die den Verlust der Forderung zuwege bringen. Dahin gehört: daß der Richter dem in solchem Termin nicht erscheinenden Gläubiger, oder dessen Erben, durch Edictalien bekannt macht, daß ihnen eine gewisse Summe bey der Vertheilung der Concursmasse zugefallen sey, und dieselben auffordert, daß sie binnen einer bestimmten Frist solche in Empfang nehmen, oder widrigenfalls gewärtig seyn sollen, daß sie ihrer Forderung werden für verlustig erklärt werden. Daß der Richter ein solches Präjudiz setzen könne, ist außer allem Zweifel, indem ihm nicht zugemuthet werden kann, fremde Gelder nach Beendigung des Concurses, und erfolgter Aufforderung derer, welchen solche zugehören, ferner aufzubewahren. Nur darüber ist man sich nicht einig: Ob es zur Ausschließung des Gläubigers von der Perception des ihm bey der Vertheilung der Concursmasse zugefallenen Quantums genüge, wenn die in der öffentlichen Vorladung enthaltene Fristen abgelaufen sind, oder ob noch die Verjährungszeit hinzukommen müsse, ehe der nachlässige Gläubiger seines Rechts als verlustig angenommen werden kann?

von Trützschler [47]) behauptet, daß der bloße Ablauf der in der Ladung festgesetzten Fristen das Recht des nachlässigen Gläubigers, an dem ihm von der Concursmasse zu Theil gewordenen Quantum, nicht aufhebe, sondern, um ihn davon aus-

zuschließen, noch die Verjährung hinzukommen müsse, ob gleich er selbst gesteht, daß nach dem Gerichtsbrauch das Gegentheil angenommen werde. Seine Gründe sind, weil 1) die Gesetze auf eine begangene Nachlässigkeit nur alsdann den Verlust des Rechts bestimmten, wenn solche die vorgeschriebene Verjährungszeit hindurch gedauert habe. 2) Der Grund, warum ein solcher Gläubiger seiner Forderung verlustig wird, kein anderer als eine derelictio praesumta sey, eine solche Dereliction aber nicht ipso iure den Verlust der Sache bewirke, dem, der sich der Sache bemächtiget, oder bey dem sich solche befindet, nicht sofort ein Eigenthum daran, sondern nur nach *L.* 4 *D. pro derelicto* einen titulum ad effectum usucapiendi verleihe. Endlich 3) das Präjudiz, welches aus der Präclusion dieser Art erwachse, weit größer sey, als das, welches auf das Nicht-liquidiren folgt, mithin auch die Billigkeit anrathe, dem Gläubiger eine längere Frist zu gestatten, und nicht von der eigentlichen Präclusion bey Concursen auf die uneigentliche zu argumentiren.

Nach der gemeinen Meinung hingegen wird der Gläubiger seines Rechts mit dem Ablauf der bestimmten Fristen verlustig, obgleich man auch noch darüber sich nicht einig ist, ob unmittelbar mit dem Ablauf der Fristen solches verlohren gehe, oder ob nicht vielmehr erst eine sogenannte sententia privatoria nöthig sey, um ihm solches zu entziehen.

47) a. a. O. §. 14. Ihm pflichtet auch Hommel Rhapsod. quaest. *Obs. D. LXXXV.* bey.

§. 196.

Fortsetzung.

Erwäge ich die Sache aus ihren ersten Gründen, so finde ich nichts richtiger als die gemeine Meinung, wel-

welcher auch der Gerichtsbrauch zur Seite steht, daß nemlich dem nicht erscheinenden Gläubiger sein Recht, an dem ihm bey der Vertheilung der Concursmasse ausgeworfenen Quantum, nicht erst durch den Hinzutritt der Verjährungszeit entzogen werde, sondern solches schon allein durch den Ablauf der ihm bestimmten Fristen verlohren gehe. Ueberdies behaupte ich noch, daß es nicht erst einer privatorischen Sentenz bedürfe, sondern allein der Ablauf der festgesetzten Fristen schon dazu hinlänglich sey, denselben von der Perception des ihm zu Theil gewordenen Quantums auszuschließen. Meine Gründe sind diese.

Es ist nicht abzuleugnen, daß der Richter die Befugniß hat, den Gläubiger, welcher nicht im Distributions-Termin erscheint, bey Strafe des Verlustes seines Antheils auf einen anderweitigen Termin vorzuladen, indem es ihm nicht zugemuthet werden kann, denselben für den Gläubiger aufzubewahren, und so lange an sich zu halten, bis es diesem etwa über kurz oder lang gefallen sollte, solchen abzufordern. Hat er nun aber diese Befugniß, so muß auch solche die Wirkung mit sich bringen, daß der nicht erscheinende Gläubiger mit dem Ablauf des gesetzten Termins des ihm zu Theil gewordenen Quantums verlustig wird, und darauf nicht weiter Anspruch machen kann, indem diese Wirkung allemahl mit der praeclusivischen Ladung, sobald solche nur rechtmäßig erlassen worden, unzertrennlich verbunden ist, und sich kein Grund absehen läßt, warum davon in dem vorliegenden Fall eine Ausnahme gemacht werden müßte. Die Gründe, welcher sich von Trützschler bedient, um das Gegentheil zu behaupten, sind, wenn man sie genau prüft, nicht stark genug, seine Behauptung zu rechtfertigen. Denn so ist es, was den ersten Grund anbetrifft, durchaus nicht allgemein richtig, daß die Gesetze auf eine begangene Nachlässigkeit nur alsdann den Verlust des Rechts bestimmten, wenn dieselbe die vorgeschrie-

bene Verjährungszeit gedauert hat. Gehen denn nicht viele Rechte verlohren, ohne daß einmahl von einer Verjährung nach der Natur der Sache die Rede seyn kann? — Und wo läßt sich denn ein Gesetz nachweisen, welches in dem vorliegenden Fall zum Verlust des Rechts des Gläubigers den Ablauf der Verjährungszeit als nothwendig erachtete? So lange aber dieses nicht nachgewiesen werden kann, muß es bey der allgemeinen Regel bleiben. Eben so wenig relevirt das zweyte Argument, nemlich daß der Grund, warum ein solcher Gläubiger seiner Forderung verlustig wird, kein anderer, als eine präsumirte Dereliction sey, welche nie ipso iure den Verlust der Sache bewirke, sondern blos denjenigen, der sie occupirt, einen titulum ad effectum usucapiendi verleihe. Denn offenbar ist es, daß die Grundsätze von der Dereliction hier nicht angewendet werden können, wo man nicht darauf Rücksicht nimmt, ob der Gläubiger das ihm bey der Distribution der Concursmasse zu Theil gewordene Quantum hat derelinquiren wollen, oder nicht, und ihn wegen einer präsumtiven Dereliction davon ausschließt, sondern wo er seines Rechts zur Strafe, und um deswillen verlustig wird, weil er sich in dem anberaumten Termin nicht einfindet, und das ihm bey der Distribution der Concursmasse zu Theil gewordene Quantum entgegen nimmt.

Anders würde sich die Sache verhalten, wenn ohne alle vorgängige Präclusiv-ladung dieses Quantum jemanden als ein präsumtives Derelictum, aus dem Grunde eingeräumt würde, weil sich der Gläubiger im Distributions-Termin nicht eingefunden hätte. Jetzt aber, wo der Gläubiger von der Perception durch den Ablauf des bestimmten Termins ausgeschlossen wird, kommt alles dieses nicht in Betrachtung, sondern blos dies, daß er den richterlichen Befehlen und Aufforderungen ungehorsam gewesen ist, und lediglich um deswillen muß er seines Rechts für verlustig erklärt werden.

Am

Am wenigsten bedeutet wol der dritte Grund, den von Trütschler zur Vertheidigung seiner Lehrsätze angiebt, nemlich: daß das Präjudiz, welches aus der Präclusion, wovon hier die Rede ist, erwachse, weit größer sey, als das, welches anf das Nicht-liquidiren folgt, mithin auch die Billigkeit anrathe, dem Gläubiger eine längere Frist zu gestatten, und in Ansehung der Wirkungen nicht von dieser auf jene zu argumentiren. Denn bey der präclusivischen Ladung sieht man ja auf die Wirkungen derselben überhaupt, nicht darauf, ob diese Wirkung mehr oder weniger Nachtheil für denjenigen hat, welchen sie trifft. Und unter dieser ohnstreitig richtigen Voraussetzung läßt sich mit allem Rechtsbeystand von der Wirkung der eigentlichen Präclusion, auf die der uneigentlichen argumentiren.

Setze ich also gleich das Princip fest, daß schon durch den bloßen Ablauf des in der präclusivischen Ladung festgesetzten Termins der Gläubiger sein Recht an das ihm bey der Vertheilung der Concursmasse ausgeworfene Quantum verliehrt, so halte ich es doch für sehr billig, daß demselben vom Richter mehrere Termine, und zwar in der gehörigen Zeitlänge gesetzt werden, indem eines Theils es jetzt, wo das Concurswesen seine Endschaft erhalten hat, nicht mehr so der Eile bedarf, als bey der eigentlichen Präclusion, wo man zugleich mit auf die baldige Beendigung des Concurswesens Rücksicht nehmen muß, andern Theils auch der Richter geneigt seyn muß, jemanden so lange als möglich bey seinem Recht zu erhalten.

§. 197.

Fortsetzung.

Aber! wem fällt nun dieses dem ausgebliebenen Gläubiger durch die Präclusion entzogene Quantum anheim? — eine Frage, deren Beantwortung zwar sehr leicht wird, wenn

man in der Lehre vom Concurse der Gläubiger von richtigen Grundsätzen ausgeht, nicht aber dann, wenn man diese dahin gestellt seyn läßt.

C. F. Hommel [48]) macht einen Unterschied: Ob noch andere bey dem Concurse nicht befriedigte Gläubiger vorhanden sind, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersten Fall behauptet er, daß diesem das Quantum, von dessen Perception der ausgebliebene Gläubiger ausgeschlossen worden, zu Theil werden müsse, dahingegen in dem letztern Fall solches als herrenloses Guth dem Fiscus anheim falle. Ganz anderer Meinung ist von Trützschler [49]). Er erklärt ohne allen Unterschied, ob Gläubiger vorhanden sind, die noch nicht befriediget worden, oder nicht, das dem ausgeschlossenen Gläubiger zuständig gewesene Quantum für herrenloses Guth, welches dem Fiscus anheim fallen müsse. Wir wollen uns zuvor mit seinen Gründen und der Ausnahme bekannt machen, welche er von jenem allgemeinen Satz angiebt, damit wir hernach desto besser zur Prüfung der Aechtheit derselben im Stande sind.

Ob gleich, sagt er, in den andern oben erwähnten Fällen der uneigentlichen Präclusion, den übrigen Gläubigern daraus ein Vortheil erwächst, so fällt doch solches im gegenwärtigen Fall um deswillen weg, weil der Grund dieses Zuwachsungs-Rechts die Gemeinschaft unter den Gläubigern nur bis zum Locations-Urthel, oder längstens bis zur Eröffnung des Distributions-Abschiedes dauert, hier aber der Fall des völlig beendigten Concurswesens unterstellt wird, mithin auch das Zuwachsungs-Recht nicht mehr gegründet seyn kann.

Eine Ausnahme von der Regel, glaubt er, müsse jedoch alsdann statt finden, wenn die Concursmasse nicht ganz im baaren Gelde, sondern zum Theil in spät gefällig werdenden Tagezeiten von den verkauften Grundstücken des Gemeinschuldners besteht, auf welche die Gläubiger in dem Distributions-Bescheide angewiesen wor-

worden. (Denn obgleich nach Verordnung der Gesetze aller öffentliche Verkauf nur gegen baares Geld geschehen, und kein Geboth mit Tagezeiten zugelassen werden soll, so ist doch solches bisweilen nicht zu vermeiden, auch wird es nach dem Gerichtsbrauch geduldet). Hier behauptet er gegen von Wernher [50]), (welcher annimmt: es falle mit dem Ablauf der Tagezeit, wenn das Geld nicht von dem Gläubiger erhoben worden, solches dem Fiscus anheim), daß man unterscheiden müsse: ob der Gläubiger die Anweisung wirklich angenommen, und den, der die Tagezeiten schuldig ist, zu seinen Schuldner dadurch gemacht habe, oder ob solches nicht geschehen. In dem ersten Fall, so falle das Quantum, welches der Gläubiger zu erheben unterläßt, dem Auszahler anheim, und könne von demselben durch die Verjährung erworben werden; dahingegen in dem letztern Fall könne der Richter, wenn die Tagezeit verfallen ist, solche beytreiben, und den Gläubiger mittelst einer präclusivischen Ladung zur Entgegennahme derselben auffordern, und wenn dieser nun nicht erschiene und sie entgegen nähme, so falle das beygetriebene Quantum als ein herrenloses Guth dem Fiscus anheim [51]).

48) In Rhapsod. quaest. *Obs. D. LXXXV.*

49) a. a O. §. 23. und 24.

50) In Observat. forens. *P.* 3. *Obs.* 213.

51) a. a. O. §. 25. und 26.

§. 198.

Fortsetzung.

Wenn Modestin im *L.* 10. *D. de Iure fisci* sagt: **Non** puto delinquere **eum** qui in dubiis quaestionibus *contra fiscum* **facile** responderit, so würden wir noch immer die Gesetze zur Seite haben, wenn wir dem Fiscus im vorliegenden Fall das Recht absprechen wollten,

das Quantum, von welchem der Gläubiger, dem es eigentlich gebührt, präcludirt ist, als herrenloses Guth zu occupiren — wenigstens alsdann, wenn noch unbefriedigte Gläubiger des Schuldners vorhanden sind. Denn so lehrt Javolanus im *L.* 11. *D. eod.* mit ausdrücklichen Worten: Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, *nisi quae creditoribus superfutura sunt*: id enim bonorum cuiusque intelligitur, quod aeri alieno supereſt — und allemal würde doch dieses Quantum der Präclusion ohnerachtet schuldnerisches Vermögen verbleiben. — Allein nun bedarf es aller dieser Vertheidigungsmittel nicht, sondern es liegt klar am Tage, daß der Fiscus auf dieses Quantum in der Regel durchaus keinen Anspruch machen kann. Ich sage — in der Regel, denn es läßt sich freylich ein oder der andere Fall gedenken, wo das Occupations-Recht des Fiscus begründet wird, womit wir uns hernach bekannt machen wollen.

Um den Beweis meiner Behauptung so einleuchtend als möglich zu führen, stelle ich zuvörderst den Grundsatz auf: daß der Gemeinschuldner beym Concurse, so lange Herr und Eigenthümer seines Vermögens verbleibt, bis solches wirklich unter die Gläubiger vertheilt ist. Denn wenn auch die Vermögensstücke verkauft werden, und das Eigenthum derselben auf andere übertragen wird, so tritt doch das gelöſete Geld wiederum an deren Stelle, und wird dem Eigenthum des Gemeinschuldners einverleibet. Ich darf diesen Satz wohl nicht erst beweisen, sondern es wird hier hinlänglich seyn, wenn ich auf das verweise, was ich im ersten Hauptstück von den Wirkungen des Concurses gesagt habe [12]). Steht nun aber dieser Satz fest, so begreife ich nicht, wie man das bey der Distribution der Concursmasse einen Gläubiger zu Theil gewordene Quantum, von welchem derselbe

präcludirt worden, als herrenloses Guth ansehen, und solches dem Fiscus zueignen will. Ich bin vielmehr davon überzeugt, daß solches dem Schuldner, oder dessen Erben ausgeliefert werden muß, um darüber zu verfügen. Denn so hat 1) der Schuldner noch das Eigenthum an diesem Gelde, so lange solches dem Gläubiger noch nicht wirklich ausgehändiget ist, und muß es nun fort behalten, da der Gläubiger ausgeblieben, und präcludirt ist. Und da jetzt mit der Beendigung des Concurswesens das Dispositions-Recht der Gläubiger über das schuldnerische Vermögen aufhört, so muß die suspendirte Ausübung seines Eigenthums-Rechts wieder aufleben und in ihre vorige Wirkung zurückkehren, mithin sich auch über dieses Geld erstrecken. 2) Den Gläubigern, welche etwa bey der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens leer ausgegangen sind, kann dieses Geld um deswillen nicht zugeeignet werden, weil es nicht mehr zur Concursmasse gehört, indem mit der Beendigung des Concurses auch zugleich der Begriff einer Concursmasse wegfallen muß.

Das Recht des Fiscus, dieses Geld einzuziehen, läßt sich daher nur in dem Fall rechtfertigen, wo weder der Schuldner mehr, noch Erben desselben vorhanden sind, indem es nun wie herrenloses Guth angesehen werden kann, und in dieser Eigenschaft dem Fiscus anheim fallen muß.

Wenden wir diese Grundsätze auf den Fall an, dessen von Trütschler noch besonders erwähnt, nemlich wo die Concursmasse zum Theil in spät gefällig werdenden Tagezeiten besteht, und der Concurs-Gläubiger das Quantum, worauf er in dem Distributions-Bescheide angewiesen ist, nicht zur rechten Zeit erhebt, so läßt sich auch hier leicht ausmitteln, was Rechtens sey. Da der Concurs mit der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens ein Ende nimmt, so kann nunmehr das richterliche

Amt nicht weiter ins Spiel kommen. Nimmt also in dem fälligen Termin der Concurs-Gläubiger das Geld, worauf er in dem Distributions-Bescheide angewiesen worden, nicht entgegen, so kann der Schuldner den Richter anrufen, daß der Gläubiger präcludirt, und ihm das Geld ausgeliefert werden möge. Thut er solches nicht, so sind zwey Fälle möglich, nemlich der, wo derjenige, welcher dieses Geld zu bezahlen schuldig war, solches gerichtlich einliefert, oder wo er es bey sich behält, und stille sitzt. Im ersten Fall, so kann der Richter den Gläubiger präclusivisch zum Empfang vorladen, und erscheint er nicht, muß das Geld dem Schuldner, oder dessen Erben zurückgegeben werden. Im letztern Fall, so kann zwar derjenige, der das Geld auszuzahlen verbunden war, solches nicht präscribiren, indem man nie von ihm sagen kann, daß er sich in bona fide befindet, wohl aber kann er es dadurch erwerben, daß die Klage des Gläubigers sowohl, als des Schuldners durch den Nichtgebrauch binnen der gesetzten Zeit verlohren geht. Ob und wenn dem Fiscus nun die Befugniß zustehen könne, ein solches Quantum als herrenloses Guth einzuziehen, läßt sich nun sehr leicht aus den vorgetragenen Lehrsätzen bestimmen. In dem Fall, wenn das Geld an den Richter ausgeliefert worden, dieser den Gläubiger aufgefordert und präcludirt hat, würde der Fiscus das Geld nur dann einziehen können, wenn weder der Schuldner, noch dessen Erben mehr vorhanden sind, dahingegen in dem Fall, wenn derjenige, der es auszuzahlen schuldig, solches bey sich behält, würde das Recht des Fiscus nur dann als gegründet angenommen werden können, wenn noch vorher, ehe der Anspruch sowohl des Gläubigers als des Schuldners noch nicht erloschen ist, beyde so wenig als deren Erben mehr vorhanden sind.

52) Ich habe hier bewiesen, daß die Gläubiger, indem sie über das Vermögen des Schuldners disponiren, alles dieses

ses im Nahmen des Schuldners thun, und dessen suspendirte Gerechtsame ausüben. Wird also von ihnen unter obrigkeitlicher Mitwirkung etwas von dem Vermögen des Schuldners verkauft, so ist dies eben so anzusehen, als wenn der Schuldner selbst den Verkauf unternommen hätte. Das dafür gelöfete Geld muß also seinem Eigenthum eben so gut einverleibet werden, als wenn er selbst etwas verkauft hätte.

§. 199.

Fortsetzung.

Aus dem bisher gesagten ergiebt sich, daß die uneigentliche Präclusion für einen Gläubiger, oder sonst jemanden, der an dem Vermögen des Schuldners Ansprüche macht, weit nachtheiliger ist, als die eigentliche, indem sie allemahl den Verlust des Anspruchs nicht nur für jetzt, sondern auf immer nach sich zieht, welches bey der eigentlichen Präclusion nie der Fall ist. Um so mehr müssen also dem Präcludirten, gegen den durch die Präclusion erlittenen Nachtheil das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn er eine rechtmäßige Ursache zum Gebrauch desselben angeben kann, sowohl, als andere Rechtsmittel gestattet werden, um solchen von sich abzuwenden, vorausgesetzt nur daß er davon zur gehörigen Zeit Gebrauch macht, oder überhaupt nach den Umständen der Sache mehr Gebrauch machen kann.

§. 200.

Wird gezeigt, daß außer der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion, die Präclusion doch noch bisweilen beym Concurse vorkommen kann.

Außer der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion, wovon ich bisher gehandelt habe, kann sonst noch zuweilen die Präclusion bey Concursen vorkommen. Dies pflegt sich gemeiniglich zu Anfange eines Concurses zu ereignen, wenn nemlich der Richter in Gemäßheit

seiner

seiner Amtspflicht zu verhüten bemühet ist, damit das sowohl für die Gläubiger als den Schuldner so nachtheilige Concurswesen, nicht in seine volle Kraft und Wirkung übergehen, sondern in der Geburth erstickt werden möge. Der Richter ist nemlich beym Ausbruch eines Concurses verbunden, zu versuchen, ob nicht die Eröffnung des Concurses durch Fristgestattung, Annahme der Stückzahlung, Nachlaß der Gläubiger, gütliche Vertheilung des schuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger u. s. f. verhütet werden kann. — Und hierzu ist denn die Vorladung derjenigen, welche an den Schuldner, oder dessen Vermögen Ansprüche zu machen haben, auf einen gewissen Termin durchaus nothwendig, die daher dem Richter, und zwar ebenfalls mit Bestimmung der Strafe der Ausschließung gestattet werden muß.

Um die Statthaftigkeit der Präclusion in diesem Fall sowohl als ihre Wirkung bestimmen zu können, muß unterschieden werden: ob der Richter die Gläubiger zur gütlichen Vertheilung des schuldnerischen Vermögens vorladen will, oder zu einem andern Zweck, z. B. zur Fristgestattung, Annahme der Stückzahlung ꝛc. In dem ersten Fall, so ist durchaus eine Edictal-Citation erforderlich, die eben die Eigenschaften haben muß, welche oben bey der eigentlichen Präclusion erfordert wurden, indem hier das Interesse aller Gläubiger concurrirt. In dem letzten Fall hingegen genügt es blos an einer Citation an die dem Richter bekannten Gläubiger.

Nach diesen verschiedenen Fällen ist auch die Wirkung der präclusivischen Ladung verschieden. Fordert 1) der Richter die Gläubiger durch eine Edictal-Citation dazu auf, sich gütlich über die Vertheilung des schuldnerischen Vermögens zu vereinbaren, so hat dies für die Ausbleibenden die Wirkung, daß sie von der zur Schuldenbezahlung bestimmten Masse ausgeschlossen werden, obgleich ihnen noch immer der Regreß übrig

bleibt,

bleibt, zu welchem sie bey der eigentlichen Präclusion befugt sind. Fordert hingegen 2) der Richter nur die bekannten Gläubiger dazu auf, sich zu erklären, ob sie sich eine Stückzahlung gefallen lassen, oder dem Schuldner etwas an Capital und Zinsen erlassen wollen, so hat das in der ladung angedrohete Präjudiz zur Folge, daß der Nichterschienene sich dasjenige gefallen lassen muß, was die andern Gläubiger in dem anberaumten Termin unter sich festgesetzet haben. Andere Gläubiger, welche dem Richter noch nicht bekannt waren, sondern in der Folge erst klagbar werden, sind an der Vereinbarung der Natur der Sache nach nicht gebunden, sondern diese können auf die Eröffnung des Concurses provociren.

§. 201.

Fortsetzung.

Wenn der Richter zur gütlichen Vertheilung des schuldnerischen Vermögens eine präclusivische ladung — aber nur an die bekannten Gläubiger hat ergehen lassen, so hat dieses in Ansehung derselben nur die Wirkung, daß der Nichterscheinende von der zur Schuldenzahlung bestimmten Masse ausgeschlossen wird. In Ansehung der unbekannten Gläubiger kann diese ladung keine Wirkung hervorbringen, sondern in Rücksicht auf diese muß unterschieden werden: ob der Richter die bekannten Gläubiger wegen der unbekannten hat Caution leisten lassen, oder ob solches nicht geschehen ist. Im ersten Fall, so können sie sich an diese halten, weil sie die Verbindlichkeit übernommen haben, den sich in der Zukunft meldenden Gläubigern Satisfaction zu leisten, jedoch bleibt immer noch der Richter in subsidium wegen seines Verfahrens verbindlich. Im letztern Fall hingegen, so kommt alles darauf an, ob dem Schuldner noch etwas von seinem Vermögen, und so viel übrig geblieben ist, daß die später bekannt gewordenen Gläubiger davon befriedi-

friediget werden können, oder nicht. Ist das erstere, so müssen sie sich daran halten, dahingegen im letztern Fall ihnen der Regreß an die Gläubiger frey bleiben muß, welche nicht zur Perception gekommen seyn würden, wenn sie dem Richter bekannt gewesen wären. In subsidium würde auch hier allemahl der Richter wegen seines unrichtigen Verfahrens haften müssen [53]).

53) von Trützschler a. a. O. Vierter Abschnitt. §. 5. Unrichtig bleibt allemahl hier das Verfahren des Richters, man nehme die Sache, wie man will. Denn so bald von der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens die Rede ist, so erfordert es das Interesse aller vorhandenen Gläubiger, daß sie dabey gehört werden, sie mögen dem Richter bekannt, oder nicht bekannt seyn. Wer steht dafür, ob der Schuldner in der Zukunft etwas wieder erwirbt, woran sie sich halten können!

Sechstes Hauptstück.

Von dem Vorzugsrecht der Gläubiger, und der Ordnung, in welcher sie bey einem entstandenen Concurse zu befriedigen.

§. 202.

Einleitung.

Wir gehen nunmehr zum Vorzugsrecht (IUS PRAELATIONIS s. PROTOPRAXIAS) der Gläubiger, und zur Bestimmung der Ordnung über, in welcher die Gläubiger bey einem entstandenen Concurse befriediget werden müssen — eine Materie, die noch von allen theoretischen Lehren des Concurses am ausführlichsten ist bearbeitet worden. Mit Uebergehung anderer diesen Gegenstand betreffenden Schriften [54]) will ich nur auf Christian Gottlieb Gmelins Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprocesse nach gemeinen und Würtembergischen Rechten, aufmerksam machen, welches schätzbare Buch nach mehreren kurz auf einander folgenden Auflagen zuletzt Frankf. und Leipz. 1783. erschien, und eine neue Bearbeitung gewiß überflüssig machen würde, wenn solche nun nicht einmal mit zu meinem Plan gehörte.

Nach der gemeinen Methode würde hier, weil doch einmal von Befriedigung beym Concurse die Rede ist, auch zugleich mit von der Befriedigung der Vindicanten und Creditorum massae gehandelt werden müssen. Allein meiner Einsicht nach bringt dies nur Verirrungen hervor, und daher habe ich es für nö-

thig

thig befunden, beyde von den eigentlichen Concurs-Gläubigern ganz abzusondern. Von den erstern ist bereits oben in der Einleitung gehandelt worden [54]), und von den letztern ist eine ausführliche Abhandlung im zehnten Hauptstück zu erwarten.

54) Von den ältern Rechtslehrern haben ohnstreitig RICHTER de iuribus et privilegiis creditorum und ANTON A MARA in tract. de concursu creditorum diese Materie am ausführlichsten bearbeitet. Des Augustin von Balthasar Collatio iuris communis cum Iure Saxonico Lubecensi et Mecklenburgico speciatim Pomeranico in classificatione creditorum in concursu in tabellis delineata. Edit. nov. *Gryphiswald.* 1787. gehört eines Theils schon zu den neuern Schriften über diesen Gegenstand, andern Theils fehlt es auch derselben an Ausführlichkeit.

55) Daß ein Vindicant auch dann zu den Concurs-Gläubigern gerechnet werden muß, wenn er sein Vindications-Recht nicht in Ausübung bringen kann, und daher an dem Vermögen seines Schuldners Regreß nimmt, habe ich bereits oben in der Einleitung bemerkt, und in dieser Eigenschaft werde ich demselben auch hier seinen Platz anzuweisen nicht vergessen.

§. 203.

Quellen dieser Lehre.

Ehe ich zur Bestimmung der Ordnung der Gläubiger, welche bey der Befriedigung derselben aus dem schuldnerischen Vermögen beobachtet werden muß, selbst schreiten kann, muß ich noch einige Betrachtungen voraufgehen lassen, welche theils die Quellen dieser Lehre, theils andere Präliminair-Punkte betreffen.

Sehen wir zuvörderst auf die Quellen dieser Lehre, so sind solche wirklich äußerst unbefriedigend. Hätten wir ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, worin die Ordnung der Gläubiger beym Concurse genau bestimmt wäre, oder gäben auch nur die fremden Rechte darüber eine genaue Auskunft, so würde es nicht die geringste

ringste Schwierigkeit haben. Allein nun fehlt es uns an dem erstern ganz, und was aus den fremden Rechten in der Lehre vom Concurse der Gläubiger überhaupt für Trost zu hohlen ist, haben wir bisher gesehen, und nicht anders verhält es sich auch hier, ob gleich sie hier doch noch ohnweit reichhaltiger, als in vielen der vorhin abgehandelten Materien sind. Ein großer, und ich möchte fast behaupten, der größte Theil derjenigen Bestimmungen, welche die Ordnung der Gläubiger beym Concurse betreffen, hat daher durch Herkommen und Gerichtsbrauch seine Entstehung und Ausbildung erhalten, so daß man also Gesetze und deren Analogie, Herkommen und Gerichtsbrauch als Quellen dieser Lehre annehmen, und zwar die letztern beyden Stücke als die vorzüglichsten Quellen betrachten muß [56]).

56) Man hat in neuern Zeiten Vorschläge genug zur Verbesserung der Ordnung der Gläubiger beym Concurse, und dazu gemacht, solche auf einen festern Fuß zu setzen, allein bis dahin noch ohne allen Effect. Vergleiche unter andern J. H. von Selchow Concepte der Reichs-Kammergerichts-Ordnung auf Befehl der jüngsten Visitation entworfen und herausgegeben Göttingen 1782, wo im dritten Theil ein Project einer Concurs-Ordnung befindlich ist, imgleichen Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelahrtheit von Hagemann und Günther 5. Th., wo sich ebenfalls am Ende ein Entwurf zu einer Concurs-Ordnung befindet. In einzelnen deutschen Reichslanden hat man in neuern Zeiten angefangen, die Ordnung der Gläubiger beym Concurse besser zu bestimmen, und die dabey nach dem gemeinen Recht vorkommende, so große richterliche Willkühr auszuschließen.

§. 204.

Berichtigung einiger diese Lehre betreffenden Präliminair-Punkte.

Die andern Präliminair-Punkte, außer dem Punkt von den Quellen dieser Lehre, mit deren Berichtigung

wir uns zuvor beschäfftigen müssen, ehe wir zur eigentlichen Hauptsache schreiten können, betreffen die Fragen: 1) Ob die fälligen Zinsen beym Concurse in Rücksicht auf die Befriedigung sich gleicher Rechte mit dem Capital zu erfreuen haben? und 2) nach welches Orts Gesetzen das Vorzugsrecht der Gläubiger beym Concurse bestimmt werden müsse?

Nehmen wir zuerst die Frage: Ob die fälligen Zinsen beym Concurse in Rücksicht auf die Befriedigung sich gleicher Rechte mit dem Capital zu erfreuen haben? vor, so scheint es, als wenn deren Bejahung nicht dem mindesten Zweifel unterworfen seyn könnte, wenn wir uns an den allgemein anerkannten Grundsatz: daß ein accessorium mit seinem principale gleicher Rechte genießen müsse, fest anschließen — uns dabey erinnern, daß Zinsen allerdings als ein Zubehör des Capitals angesehen werden müssen, und ferner auf den Lehrsatz des Rechtsgelehrten Paulus im *L.* 9. *§. ult. D. de pactis:* Summae autem applicare debemus etiam usuras, Rücksicht nehmen. Allein demohnerachtet fehlt es nicht an Rechtslehrern [57]), welche sich aus einer anscheinenden Billigkeit haben verleiten lassen, zu behaupten, daß die von den Capitalien fälligen Zinsen allen Gläubigern in der Befriedigung nachstehen müßten, mithin also deren Abtrag nur dann in Betrachtung gezogen werden könnte, wenn alle Gläubiger wegen ihrer Hauptforderungen abgefunden worden, ob gleich freylich immer diejenigen Rechtslehrer [58]) das Uebergewicht halten, welche annehmen, daß den Zinsen im Concurse mit den Capitalien ein gleicher Platz angewiesen werden müßte. Wir wollen zuvor die Gründe von beyden Theilen hören, und dann entscheiden.

Die Gründe derjenigen Rechtslehrer, welche die Zinsen beym Concurse in Hinsicht auf die Befriedigung

den

den Forderungen aller Gläubiger nachgesetzt wissen wollen, sind vorzüglich diese: 1) weil die Zinsen schon an und für sich gehässig wären, und man daher nach dem bekannten Rechtssatz: Odia restringi, et favores convenit ampliari sich nicht geneigt finden lassen dürfte, zu Gunsten derselben etwas zu verfügen. Ferner 2) so wären Zinsen ein bloßes Lucrum, und müßten daher nach den bekannten Grundsätzen der Gesetze nachstehen, indem allemahl die Gesetze diejenigen mehr begünstiget wissen wollten, welche de damno vitando, als die, welche de lucro captando certirten. Obgleich sie also nach diesen Grundsätzen den Zinsen ganz zuletzt, und nachdem alle Gläubiger befriediget worden, ihren Platz anweisen, so schließen sie doch davon 1) die jährlichen Renten, imgleichen 2) diejenigen Zinsen aus, welche ein Bürge wegen des für den Gemeinschuldner bezahlten Capitals beym Concurse liquidirt hat.

Die Gründe derjenigen Rechtslehrer hingegen, welche den Zinsen nebst dem Capital einen gleichen Platz im Concurse angewiesen wissen wollen, und welche zum Theil eine Antwort auf die gegentheiligen Gründe enthalten, sind diese: Zinsen, sagen sie, sind ein gesetzlich erlaubtes Lucrum, und ist das, was im canonischen Recht von der Gehässigkeit der Zinsen enthalten ist, bey uns gar nicht angenommen. Es kann auch hier nicht in Betrachtung kommen, daß die Gesetze sonst immer denjenigen begünstiget wissen wollen, der de damno vitando, und nicht den, der de lucro captando certirt, indem es ein Gesetz im römischen Rechtskörper giebt, welches deutlich für die Begünstigung der Zinsen spricht, und wo ein Gläubiger auch in Ansehung seiner Zinsen der Hauptforderung eines andern Gläubigers vorgesetzt wird, nemlich *L.* 18. *D. qui potiores in pignore.*

Unterwirft man diese verschiedene Meinungen nebst ihren Gründen einer strengen Prüfung, so erhält allemahl diejenige Meinung das Uebergewicht, nach welcher

die Zinsen beym Concurse mit der Hauptforderung gleiche Rechte genießen. Offenbar ungereimt ist der erste Grund der gegentheiligen Meinung, welcher von den Grundsätzen des canonischen Rechts von Zinsen hergenommen ist. Es ist bekannt, auf welchem irrigen Grunde die Verordnungen des canonischen Rechts von Zinsen beruhen, und daß solche nie bey uns angenommen worden, sondern vielmehr die Zinsen, in so ferne sie nur die gesetzlichen Erfordernisse haben, ein erlaubtes lucrum sind. Sagt nun aber Justinian in der Nov. 22. C. 33. ausdrücklich: quod autem ex lege datum esse lucrum, privatus auferre modis omnibus non valebit, so würde es offenbar gesetzwidrig gehandelt seyn, wenn wir den Gläubigern etwas an ihrer gesetzlichen Befugniß abkürzen, und die Zinsen als etwas gehässiges ansehen wollten. Wichtiger scheint freylich der zweyte Grund zu seyn, den man gegentheiliger Seits anführt, nemlich daß die Gesetze denjenigen mehr begünstiget wissen wollen, welcher de damno vitando, als den, welcher de lucro captando certirt. Denn abgerechnet, daß dieser Satz in unzähligen Gesetzen angenommen, und bey der Entscheidung zum Grunde gelegt wird, so bestätigt ihn noch überdies Pomponius im *L.* 23. *D. de regul. Iuris* ganz allgemein, wenn er sagt: In eo, quod vel is, qui petit, vel is, a quo petitur, lucri facturus est, durior causa est petitoris. Allein demohnerachtet ist auch dieser Grund viel zu schwach, als daß dadurch der Satz, daß Zinsen mit dem Hauptstamm gleiche Rechte beym Concurse genießen, entkräftet werden könnte. Denn setzt 1) jener in dem römischen Recht angenommene Grundsatz immer zum voraus, daß die Personen, wovon die eine de lucro captando, und die andre de damno vitando certirt, in dem Verhältniß als Kläger und Beklagter zu einander stehen, welches doch hier nicht der Fall ist. 2) Läßt sich die Allgemeinheit dieses Satzes, wenn er auch bey noch so vielen Entscheidungen zum

Grun-

Grunde liegt, nicht behaupten, sondern man findet immer noch andere Entscheidungsgründe, und diesen Grund nur nebenher als Billigkeitsgrund angeführt. Es kann auch so wenig der Ausspruch des Pomponius im *L.* 23. *D. de reg. Iuris* als die Entscheidung des Paulus im *L.* 37. *D. de Iure fisci:* fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, weil die Strafe in Ansehung des Fiscus als lucrum zu betrachten ist, die Allgemeinheit jenes Grundes vertheidigen. Denn auf allen Fall gehört die im *L.* 23. *D. de reg. Iur.* enthaltene Rechtsregel zu den dunkeln Regeln, deren es mehrere in diesem Titul der Pandecten giebt, und wenn man genau auf die Zinsen und deren Grund Rücksicht nimmt, so trifft man gewiß eine himmelweite Differenz zwischen diesem lucrum, und demjenigen an, welches der Fiscus an der von dem Schuldner einzunehmenden Strafe hat, so daß von diesem auf jenen kein Schluß gemacht werden kann.

Doch wir lassen alles dieses, und wenden uns zu der Entscheidung des Scävola im *L.* 18. *D. qui potiores in pignore*, die, analogisch angewendet, uns die besten Dienste leisten muß. In diesem Gesetz trägt der Rechtsgelehrte den Fall vor, wo zweyen Gläubigern an ein und eben derselben Sache ein Pfandrecht verstattet worden, einer von ihnen aber älterer Pfand-Gläubiger als der andere ist, und beyde nun auf Befriedigung aus dem Pfandstück dringen. Hier entscheidet er, daß der ältere Pfand-Gläubiger dem jüngern nicht nur in Ansehung des Capitals, sondern auch der Zinsen — selbst derjenigen, die nach der zweyten Verpfändung aufgelaufen sind, vorgehen soll. — Und warum? ohne Zweifel aus keinem andern Grunde, als weil die Zinsen als Zubehör des Capitals angesehen werden, und sich daher mit diesem auch gleicher Rechte erfreuen müssen. Offenbar ist es, daß hier der ältere

Gläubiger wegen der Zinsen dem andern in Ansehung des Capitals selbst vorgezogen wird, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob dieser wegen seines Capitals befriediget werden kann, oder nicht, ja! wo vielmehr deutlich der Fall unterstellt wird, daß der zweyte Pfand-Gläubiger wegen seines Capitals aus der verpfändeten Sache nicht Genugthuung erhalten kann, denn sonst würde die Frage dem Scävola zur Entscheidung gar nicht haben vorgelegt werden können. Wenden wir die Entscheidung dieses so deutlichen Gesetzes analogisch auf den vorliegenden Fall an, so ist nichts ausgemachter, als daß die Gläubiger beym Concurse in Ansehung der Zinsen sich eben der Vorrechte zu erfreuen haben, die ihnen in Ansehung des Capitals zuständig sind. Denn werden gleich in dem mehrmahls angeführten Gesetz blos Pfand-Gläubiger unterstellt, so paßt doch der Grund, welchen Scävola bey seiner Entscheidung annahm, nemlich — weil Zinsen ein Zubehör des Capitals sind, eben so gut auf die chirographarischen Gläubiger. Man möchte gegen diese Analogie einwenden, daß es ihr an den gehörigen Erfordernissen fehle, und insbesondere, daß die große Ungleichheit des darin entschiedenen Falls, und des vorliegenden keine analogische Entscheidung zulasse, indem in dem Gesetze nur eines bloßen Concursus in pignore gedacht werde, wo Scävola wahrscheinlich darauf Rücksicht genommen, daß sich der wegen seines Capitals nicht befriedigte jüngere Pfand-Gläubiger an das übrige Vermögen des Schuldners halten könne. Allein dieser Einwand ist blos scheinbar, und verschwindet, so bald man nur alle Umstände gehörig in Erwägung zieht. Der einzige Grund, worauf sich Scävola bey seiner Entscheidung bezieht, ist der, weil die Zinsen als ein vom Capital untrennbares Zubehör angesehen werden, und daher auch mit ihrem principale durchaus gleiche Rechte genießen müssen. Unter diesen Umständen aber muß es immer einerley bleiben, ob der Collisionsfall sich

blos bey der Unzulänglichkeit eines Unterpfandes, oder des ganzen schuldnerischen Vermögens ereignet.

Ausgemacht bleibt also nach diesen der Satz: Zinsen genießen beym Concurse in Hinsicht auf die Befriedigung mit dem Capital gleiche Rechte, sie mögen seyn von welcher Art und Gattung sie wollen, indem der Grund dieses Rechts auf alle Arten von Zinsen paßt.

57) WESENBECK in Consil. *C.* 50. *nr.* 34. RICHTER de privilegiis Creditorum. *Disp.* 12. *p.* 349. HERTIUS in decis. *D.* 22. *nr.* 8. u. a. m.

58) *Io. Ern.* HOEPFNER de Collocatione usurarum in concursu creditorum. *Giess.* 1754. SCHNADERBACH progr. de petendis ex concursu usuris ex Iure romano atque Germanico. *Halae* 1726. *Io. Georg* BERTOCH de ratione usurarum in concursu creditorum habenda. *Lips. et Zittaviae* 1732. *Io. Casp.* HEIMBURG an is qui iure praelationis quod ad sortem in concursu creditorum est munitus, eodem quod ad usuras quoque gaudeat. *Ien.* 1730. LEYSER Meditat. ad pandect. *Sp.* 488. *M.* 2. Emelin Ordnung der Gläubiger Cap. 6. §. 2. u. a. m.

§. 205.

Fortsetzung.

Wir kommen jetzt zur Untersuchung der zweyten Frage, nemlich nach welches Orts Gesetzen das Vorzugsrecht der Gläubiger beym Concurse bestimmt werden müsse? Diese Untersuchung würde alsdann gewiß überflüssig seyn, wenn überhaupt in ganz Deutschland einerley Grundsätze in Ansehung der Ordnung und des Vorzugsrechts der Gläubiger gölten. Nun aber, da dies nicht der Fall ist, sondern man fast in jedem Lande von der gemeinen Ordnung der Gläubiger, wenigstens doch in etwas abweicht,

weicht, so bedarf dieser Punkt noch allerdings eine kurze Erläuterung.

Aus der Natur der Sache ergiebt es sich, daß bey der Classification der Gläubiger im Concurse diejenigen Rechte befolgt werden müssen, welche in foro Concursus gelten, die Gläubiger mögen blos Unterthanen desjenigen landes seyn, worin sich das Concurs-Gericht befindet, oder fremde landes-Unterthanen. Denn ausgemacht ist es, daß die Gläubiger als Kläger beym Concurse auftreten, und sich daher auch diejenigen Rechte gefallen lassen müssen, die in dem Foro des Beklagten gelten, weil kein Gericht nach andern landesgesetzen zu sprechen verbunden ist [59]). Daß übrigens in Ansehung der auswärtigen Gläubiger insbesondere noch auf die Eigenschaft ihrer Forderung, die in Befolgung ihrer landesgesetze hervorgebracht wurde, Rücksicht genommen werden muß, versteht sich ohne mein Erinnern von selbst, und fließt aus den allgemeinen Grundsätzen von der Gültigkeit der Statuten außerhalb landes [60]). So z. B. wenn in foro concursus kein Pfandrecht anders gültig als vor Gericht bestellt werden könnte, so würde deshalb ein auswärtiger Gläubiger, der sich außerhalb landes, wo solches erlaubt war, ein Privat-Pfandrecht von dem Schuldner verleihen lassen, nicht zurückgesetzt werden dürfen. Ein jeder, der mit den ächten Grundsätzen von der Collision der Statuten bekannt ist, wird sehr leicht einsehen, daß man um deswillen auch nicht behaupten kann: es müsse einen auswärtigen Gläubiger auch das Privilegium in foro concursus gestattet werden, welches er vielleicht in dem lande, wo er seinen Wohnort hat, in Ansehung seiner Forderung genossen haben würde, wenn sich dort ein Concurs ereignet hätte [61]).

59) *Dan.* NETTELBLADT syst. elementar. Iurisprudent. posit. Germanor. commun. general. §. 823. *Io. Nicol.* HERT D. de collisione legum in Opuscul. *Vol. I. p.* 150.

60) Christ.

60) Christ. Fried. Glück Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandect. 1. Th. §. 92.

61) Hert a. a. O.

§. 206.

Von der Ordnung der Gläubiger selbst. Classen.

Dies vorausgesetzt, schreiten wir nun zur Bestimmung der Ordnung selbst, worin die Gläubiger beym Concurse befriediget werden müssen. Die Befriedigung der Gläubiger beym Concurse geschieht nach dem Gerichtsbrauch in gewissen Classen, und so, daß zu einer jeden Classe eine bestimmte Gattung von Gläubigern gerechnet wird. Ueber die Classen selbst ist man sich nicht ganz einig. Anton a Mara [62]) nimmt acht Classen an, welches aber eines Theils daher rührt, weil er die Creditores massae mit hieher rechnet, andern Theils auch selbst in Ansehung der Vorrechte der Gläubiger bey der Befriedigung Fehler begeht, und mehrere Abtheilungen macht, als billig gemacht werden können. Die meisten, besonders die neuesten Rechtslehrer [63]), nehmen nur fünf Classen an, und auch diesen wollen wir hier folgen, weil wir ihre Theorie nach einer genauen Prüfung als die richtigste befunden haben.

62) In tract. de concursu Creditorum. *p.* 51.

63) Unter mehrern bekannten Rechtslehrern will ich hier nur der Kürze halber auf die oben angeführte Gmelinsche Ordnung der Gläubiger verweisen.

§. 207.

Plan der Abhandlung.

Zu desto mehrerer Deutlichkeit wollen wir die Ordnung der Gläubiger in Gestalt eines Grundrisses, jedoch mit einer vollständigen Ausfüllung nach den verschiedenen Classen abhandeln. Am Ende einer jeden Classe soll bemerkt werden, welchen Gläubigern in dieser Classe gleiche Rechte in Rücksicht auf die Befriedigung gebühren,

ren, und welche andern nachstehen müssen. Daß übrigens, so lange eine vordere Classe noch nicht völlig wegen Capital und Zinsen befriediget ist, eine folgende nicht auf die Befriedigung Anspruch machen könne, bedarf keiner Erinnerung.

Die Ordnung der Gläubiger nach dem gemeinen Recht.

Erste Classe, welche die absolut privilegirten Gläubiger enthält.

§. 208.

Begriff eines absolut privilegirten Gläubigers.

Die erste Classe enthält die absolut privilegirten Gläubiger. Ich verstehe darunter solche, welche vermöge eines besondern Privilegiums sich beym Concurse des Vorzugs vor allen andern Gläubigern, sie mögen seyn von welcher Gattung sie wollen, zu erfreuen haben. Der Begriff eines absolut privilegirten Gläubigers ergiebt es hinlänglich, daß ein solcher sich nicht ohne ein besonderes Privilegium gedenken läßt, welches entweder in den Gesetzen, oder dem Herkommen seinen Grund hat.

§. 209.

Absolut privilegirte Gläubiger.

(A.)

Nach dem römischen Recht.

Zu den absolut privilegirten Gläubigern gehören A) nach dem römischen Recht einzig und allein

allein [64]) diejenigen, welche als Leichenkosten aus des verstorbenen Schuldners Vermögen etwas zu fordern haben. Impensa funeris, lehrt Marcian im *L.* 45. *D. de religiosis*, semper ex hereditate deducitur, QUAE ETIAM OMNE CREDITUM SOLET PRAECEDERE, CUM BONA SOLVENDO NON SINT, womit auch andere Gesetze, z. B. *L.* 26. *L.* 14. *§.* 1. *D. de religiosis*, und *L. ult. §.* 9. *C. de Iure deliberandi* übereinstimmen. Dieses Privilegium steht nicht nur den Leichenkosten zu, welche auf die Beerdigung des Gemeinschuldners selbst sind verwendet worden, sondern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung andrer Personen aufgegangen sind, und der Gemeinschuldner zu bezahlen verbunden war. Quaesitum est, heißt es im *L.* 17. *D. pr. de rebus auctorit. Iudic. possidend.*, utrum ita demum privilegium habent funeraria; SI IS, cuius bona veneunt, funeratus sit; an etiam si proponas ALIUM ESSE FUNERATUM? Et hoc iure utimur, *ut quicunque sit funeratus*, (id est SIVE IS cuius de bonis agitur, SIVE QUID IS DEBUIT, QUOD REDDERE EUM, SI VIVERET, funeraria actione COGI OPORTERET), *privilegio locus sit.* Parvique referre dicamus, QUA ACTIONE hic sumtus repetatur, funeraria, an familiae herciscundae, an qua alia? dummodo sumtus funeris causa factus sit. Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur: etiam funerariam ei competere. Quare si IN STIPULATUM FUNERIS IMPENSA DEDUCTA EST, dicendum est, locum esse privilegio, si modo quis non ABIICIENDI PRIVILEGII causa stipulatus est. Die Lex ist aus Ulpians Libr. LXIII. ad Edict. und enthält eine Entscheidung der Frage: ob das den Leichenkosten beygelegte Privilegium blos auf die, auf die Beerdigung des Gemeinschuldners verwendeten Kosten eingeschränkt, oder auch auf die Leichenkosten wegen

der

der Beerdigung andrer Personen, die der Gemeinschuldner zu bezahlen verbunden war, erstreckt werden müsse? Es heißt darin ausdrücklich: daß sich dieses Privilegium auf alle Leichenkosten, welche aus dem Vermögen des Gemeinschuldners mit irgend einer Klage gefordert werden können, erstrecken solle, ohne Unterschied, sie mögen die Beerdigung des Schuldners oder anderer Personen betreffen — selbst alsdann, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, sie zu bezahlen, aus einer bloßen vertragsmäßigen Uebernahme herrühren sollte. Hat also 1) der Schuldner seine Kinder, oder seine Ehefrau beerdigen lassen, und die Leichenkosten sind nicht bezahlt worden, so genießen diese hernach beym Concurse über sein Vermögen, eben das Privilegium, welches den auf seine eigene Beerdigung verwendeten Kosten zuständig ist. — Und eben dies ist auch 2) der Fall, wenn ein Dritter die Beerdigung bestritten hat, und der Gemeinschuldner die Beerdigungskosten entweder aus dem Grunde, weil ihm die Verbindlichkeit, auf seine Kosten die Beerdigung zu bewerkstelligen, auflag, oder weil er solche zu ersetzen versprochen hat, erstatten muß. In diesem letzten Fall hat auch das Privilegium so lange statt, als es nicht in dem Vertrag mit dem Gemeinschuldner ausdrücklich ausgeschlossen ist; wenigstens scheinen mir dies die letzten Worte des Gesetzes — si modo quis non *abiiciendi privilegii* causa stipulatus sit, deutlich an den Tag zu legen.

Ehe ich untersuchen kann, was eigentlich Leichenkosten sind, welchen das mehrmahls erwähnte Privilegium zuständig ist, muß ich noch zuvor einige Bemerkungen voraufgehen lassen, die mit dem bisher gesagten in zu genauer Verbindung stehen, als daß ich sie erst weiter unten mitnehmen könnte.

Was 1) die Kosten anbetrifft, welche auf die Beerdigung des Gemeinschuldners sind verwendet worden, so machen die Rechtslehrer [65]) fast allgemein den Unterschied:

schied: ob der Gemeinschuldner vor ausgebrochenem Concurse, oder nachher verstorben ist. In dem ersten Fall gestatten sie den Leichenkosten zwar das mehr erwähnte Privilegium, nicht aber in dem letzten Fall, weil hier der Schuldner als ein Armer begraben werden müßte, oder auf Kosten derjenigen, welche ihn begraben zu lassen schuldig sind. Allein mir scheint diese Distinction eines Theils nicht auf richtigen Grundsätzen zu beruhen, andern Theils bey weitem nicht das Ganze zu erschöpfen. Es ist ausgemacht, daß der Schuldner noch so lange, als sein Vermögen noch nicht unter die Gläubiger wirklich vertheilt ist, Herr und Eigenthümer desselben bleibt; mithin läßt sich noch immer der Grundsatz des *L.* 14. *D. S.* 13. *de religios.*: de suo expedit mortuos funerari, auf ihn anwenden, und er muß aus der Concursmasse begraben werden. Dies vorausgesetzt, schließe ich nun folgendergestalt: Es übernehmen entweder die Gläubiger selbst die Beerdigung desselben aus der Concursmasse, oder nicht. Im ersten Fall ergiebt sich alles von selbst. Im letztern Fall hingegen, wenn ein andrer zugeht, und den Schuldner beerdigen läßt, so müssen die Leichenkosten allerdings eben das Privilegium haben, als wenn der Schuldner vor dem Concurse verstorben ist. Ich führe den Beweis dieses Satzes so: 1) ist es ausgemacht, daß diese aufgewandten Leichenkosten aus dem Vermögen des Schuldners gefordert werden konnten, und 2) machen die Gesetze in Ansehung des den Leichenkosten verliehenen Privilegiums keinen Unterschied, ob solche vor, oder nach entstandenem Concurse aufgewendet sind. Der Grund dieses den Leichenkosten verliehenen Privilegiums, den Ulpian im *L.* 12. *S.* 3. *D. de religios.* zu erkennen giebt, ist auch viel zu allgemein, als daß er auch hier nicht statt haben sollte.

Anlangend 2) die Leichenkosten, welche auf die Beerdigung der Frau und Kinder des Cridarius, und anderer Personen, die er zu begraben verbunden war, aufgewen-

gewendet worden, so gestattet man diesen das oft erwähnte Privilegium nur alsdann, wenn solche Personen vor dem Schuldner gestorben sind, nicht alsdann, wenn sich ihr Tod nach dem Ableben desselben ereignet [66]). Denn im erstern Fall konnten diese Kosten aus dem Vermögen des Schuldners gefordert werden, mithin mußte ihnen auch nach den obigen Grundsätzen das Privilegium der Leichenkosten zu statten kommen, nicht aber in dem letzten Fall, indem die Verbindlichkeit des Schuldners, die Leichenkosten zu bezahlen, auf blos persönlichen Verhältnissen beruhete, die mit seinem Tode aufhörten. Kann also dieser Leichenkosten halber überhaupt kein Regreß an seinem Vermögen statt haben, so fällt auch schon von selbst das Privilegium weg.

Sehen wir endlich noch 3) auf die Eigenschaft des Gläubigers, welcher etwas als Leichenkosten aus dem Vermögen des Schuldners fordern kann, so giebt uns diese Ulpian in dem oben angeführten *L.* 17. *D. pr. de rebus auctor. iudic. possidend.* deutlich genug zu erkennen. Es ist solches ein jeder, der wegen aufgewendeter oder hergegebener Leichenkosten, Ersatz aus des Schuldners Vermögen verlangen kann. So lange also jemanden, der Leichenkosten bestritten hat, die der Schuldner zu ersetzen verbunden ist, oder die eigentlich aus dessen Vermögen bestritten werden mußten, nicht bewiesen werden kann, daß er solche ex pietate und animo donandi aufgewendet hat [67]), so kann er solche beym Concurse liquidiren, und genießt des mehrmals erwähnten Privilegiums. Aus diesem Grunde kann auch die Ehefrau beym Concurse ihres Mannes diejenigen Kosten liquidiren, und das Vorzugsrecht derselben fordern, welche sie auf dessen Beerdigung verwendet hat, und so umgekehrt auch der Mann beym Concurse seiner Ehefrau, wenn er solche hat begraben lassen, indem ein Ehegatte nur den andern auf seine Kosten alsdann begraben zu lassen schuldig ist, wenn derselbe ohne allem Vermögen versterben sollte, ein

noch

noch so sehr verschuldeter Ehegatte aber doch nie als ein Armer betrachtet werden kann [63]).

64) Es giebt freylich Rechtslehrer, z. B. LEYSER in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 484. *Medit.* 1., welche auch das Privilegium der Leichenkosten nicht einmal aus dem römischen Recht abgeleitet, sondern vielmehr in dem Herkommen gegründet wissen wollen. Allein sie treffen nur die rechten Gesetze nicht, woraus es abgeleitet werden muß, und welche keinen Zweifel übrig lassen, daß es wirklich in dem römischen Recht seinen Grund hat.

65) Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 86. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

66) Gmelin a. a. O. S. 92.

67) *L.* 14. *§.* 7. *D. de religios.* Heißt es gleich in diesem Gesetz: Quis enim sine pietatis intentione alienum Cadaver funerat? so kann darum doch nicht vermuthet werden, daß jemand einen andern auf seine Kosten habe begraben lassen wollen, oder auf die Zurückforderung der aufgewendeten Leichenkosten Verzicht gethan habe. KURRER D. de act. funeraria. *§.* 7—10.

68) Vergleiche August Friedrich Schott D. an maritus sumtus in funus uxoris factos ex concursu in huius bonis orto repetere possit? *Lips.* 1788.

§. 210.

Fortsetzung.

Nach dieser Vorauffsendung schreiten wir nun zur Untersuchung der Frage: Was versteht man denn unter diesen Leichenkosten, die nach dem römischen Recht so ansehnlicher Vorzüge bey Concursen genießen? Diese ist um so wichtiger, als zwar das römische Recht der Leichenkosten zu unzähligen Mahlen gedenkt, allein nirgends deutlich bestimmt, was es alles darunter begriffen haben will; sondern es nach einer oberflächlichen Bestimmung blos bey einzelnen Beyspielen bewenden läßt. Bevor ich aber diese Frage beantworte, muß ich noch erinnern, daß, da das den Leichen-

kosten-

kosten beygelegte Privilegium allein in dem römischen Recht seinen Grund hat, dahin auch schlechterdings nicht mehrere gerechnet werden dürfen, als das römische Recht wie solche anerkennt. Jeder, welcher es beherziget, wie beschwerlich das den Leichenkosten beygelegte Privilegium den andern Gläubigern ist, wird diese meine Bemerkung nicht nur für ganz gegründet halten, sondern sich auch sehr geneigt fühlen, jenes Vorrecht so wenig als möglich auszudehnen. Ich bin zwar weit davon entfernt, zu behaupten, daß keine andere als Leichenkosten zugelassen werden müssen, als welche nicht mit dürren Worten in den römischen Gesetzen wie solche benannt sind — denn wer kennt nicht die von der heutigen so himmelweit verschiedene Art der Römer, ihre Todten zu beerdigen [69]). Ich bin ferner nicht gesonnen, alle Analogie auszuschließen — nein! meine Behauptung schränkt sich blos darauf ein, daß man nichts mehr und nichts weniger zu den Leichenkosten rechnen müsse, als was nach dem ächten Geist des römischen Rechts dahin gerechnet werden kann. So nur allein werden Ungereimtheiten vermieden, deren sich hier so viele Rechtslehrer haben zu Schulden kommen lassen, und so entgeht man der Gefahr, den andern Gläubigern zu nahe zu treten.

Unter Leichenkosten (SUMTUS FUNERIS) wird nach dem römischen Recht alles dasjenige verstanden, was entweder unmittelbar zur Beerdigung eines Verstorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bey Gelegenheit derselben, aber nothwendig aufgewendet werden mußte, d. h. darum, weil die Beerdigung andergestalt entweder gar nicht, oder doch nicht ordentlich, und auf eine für den Verstorbenen anständige Art bewerkstelliget werden konnte. Stimmt gleich dieser Begriff von Leichenkosten nicht völlig mit dem überein, welchen Ulpian im *L.* 14. *§.* 3. *D. de religios.* davon giebt, wenn er sagt: *funeris causa sum-*

Sumtus factus videtur IS demum, qui IDEO FUIT, UT FUNUS DUCATUR, SINE QUO FUNUS DUCI NON POSSIT, so rechtfertiget er sich doch aus der Zusammenhaltung mit den folgenden Paragraphen dieses Gesetzes sowohl, als mit andern Gesetzstellen, worin gewisser Aufwendungen als Leichenkosten gedacht wird [70]).

Folgt es gleich schon aus dem gegebenen Begriff von den Leichenkosten zur Genüge, welche dahin zu rechnen sind, so will ich mich doch zur größern Vollständigkeit in eine genauere Bestimmung derselben einlassen, und dies um so mehr, als es Rechtslehrer giebt, welche vieles zu den Leichenkosten rechnen, was doch nach dem wahren Geist des römischen Rechts nicht dahin gerechnet, und daher auch des Privilegiums nicht theilhaftig werden kann, welches das römische Recht den Leichenkosten zueignet.

69) Vergleiche Joh. Godofr. Bauer Pr. de funerum ambitione apud Germanos comparata eum Gallis et Romanis in seinen Opuscul. *T. I. Nr. XVI.* und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

70) Siehe den folgenden Paragraphen, und die daselbst angezogenen Gesetze, insbesondere *L.* 37. *D. de religios. Funeris sumtus*, sagt hier Macer, accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est: et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi, et vectura: et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse existimo. Sonst ist auch hier noch *Iac.* AB AIRTH in D. ad Titul. VII. Libr. XI. *D. de religios. et sumtib. funer. et ut funus ducere liceat. Edinburgi* 1743. zu vergleichen.

§. 212.

Fortsetzung.

Zu den Leichenkosten muß in Gemäßheit des römischen Rechts

1) alles dasjenige gerechnet werden, was die Bekleidung, Einkleidung und das Bewachen des todten Körpers gekostet hat [71]), nicht minder was auf die äußere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden [72]).

2) Was für den Sarg und dessen Zubehör, imgleichen für die Grabstätte [73]), Zubereitung [74]) und nothwendiger Zierung derselben [75]) bezahlt werden müssen.

3) Das, was für das Führen, oder Tragen der Leiche ausgegeben worden [76]). Hat die Leiche erst von einem andern Ort hergebracht werden müssen, so gehört zu den Leichenkosten nicht nur das, was für den Transport bezahlt worden [77]), sondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daß die Leiche an dem Orte, wo der Verstorbene Todes verblichen war, so lange aufbewahrt wurde, bis sie abgeholt werden konnte [78]); imgleichen die Abgaben, welche bey dem Transport an Ort und Stelle, an Wegegeldern, oder sonst entrichtet werden müssen [79]).

4) Die Kirchengebühren und Belohnungen der Geistlichen und anderer, sowohl kirchlichen als weltlichen Personen bey der Beerdigung [80]).

Was hier angegeben worden, kann nur, wenn man sich strenge an das römische Recht hält, und dies ist hier doppelt nothwendig, zu den Leichenkosten gerechnet werden. Offenbar würde es zu weit gegangen seyn, wenn wir auch dahin die auf die Trauerkleider der Verwandten des Verstorbenen, die auf die Leichenschmäuse und Mahlzeiten, und anderen dergleichen Dingen aufgewendeten Kosten rechnen wollten [81]), indem ja selbst das römische Recht die Leichenkosten nicht ausgedehnt wissen will [82]). Und gesetzt auch, daß nach besonderen Landesgesetzen, die auf die Leichenschmäuse verwendeten Kosten in so ferne als Leichenkosten angesehen würden, daß in Ansehung

sehung der Größe derselben etwas gewisses wäre bestimmt worden, so kann doch dieses hier nicht in Betrachtung kommen, wo von Anwendung blos römischer Grundsätze die Rede ist. Eher würde es sich noch entschuldigen lassen, wenn man die auf die Trauerkleider der Anverwandten, welche nothwendig bey der Beerdigung gebraucht werden müssen, verwendeten Kosten, zu den Leichenkosten rechnen wollte [83]).

71) *L.* 14. *D. de relig.* §. 4. *L.* 37. *D. eod.* wo auch das zu den Leichenkosten gerechnet wird, was zur Einbalsamirung der Leiche aufgewendet worden.

72) *L.* 14. §. 4. *D. eod.*

73) *L.* 14. §. 3. *D. eod. L.* 37. *eod.*

74) *L.* 37. *D. eod.* §. 1. Hieher würden die auf die Ausbauung und das Wölben des Grabes verwendeten Kosten gehören. Imgleichen gehören hieher die Kosten, welche zur Befestigung des Grabes aufgewendet werden, z. B. wenn das Grab mit einer Mauer, oder eisernem Gitter wäre eingeschlossen worden.

75) *L.* 14. §. 4. *D. eod.*

76) *L.* 14. §. 3. *D. de religios.*, *ut puta* si quid impensum est *in delationem mortui.*

77) *eod.* §. 14. Impensa peregre mortui, quae facta est, *ut corpus perferretur* funeris est, licet nondum humo funeretur.

78) *eod.:* vel etiam *commendandum*, welche Worte offenbar weiter nichts sagen wollen, als daß dasjenige, was für den Platz, woselbst die Leiche bis zur Beerdigung aufgehoben worden, gegeben ist, ebenfalls als Leichenkosten angesehen werden solle. Vergleiche PAUL. *I.* 21. §. 1.

79) *L.* 37. *D. de religios.*

80) Da alles hierbey auf jedes Orts Sitte ankommt, so kann ich diese Kosten hier nicht genau angeben. Im allgemeinen gehört dahin, was den Geistlichen für die Begleitung der Leiche und die Leichenreden, wo etwa solche üblich sind, bezahlt wird. WILDVOGEL de eo quod iustum est circa conciones funebres. D. *Cap.* 2. §. 4. — Ferner die Gebühren der Küster, Todtengräber,

das, was die Schule an den Orten, wo solche den Todten folgt, erhält, imgleichen was für die Trauermusik, das Glockenläuten u. s. f. bezahlt wird. Daß ich hier nicht zu weit gehe, dafür bürgt die strengste Analogie des römischen Rechts. Vergleiche ROSINUS Antiquitat. Roman. *L. V. C.* 39. KIRCHMANN de funeribus Romanor. *p.* 13. *seq.*

81) Emelin Ordnung der Gläubiger. S. 89.

82) arg. *L.* 37. *§.* 1. *D. de religios.*

83) VON PUFFENDORFF in Animadvers. Iuris Universi. *T. I. Animadv. CVI.*

§. 212.

Fortsetzung.

Beym Vorzugsrecht der Leichenkosten im Concurse kommt zwar nichts darauf an, ob jemand solche selbst bestritten, oder Geld zu deren Bestreitung hergeschossen, oder endlich sonst wegen seiner, bey der Beerdigung geleisteten Dienste, oder aus einem andern, sich auf selbige beziehenden Grunde, etwas zu fordern hat, z. B. der Kaufmann wegen der zum Begräbniß nöthigen Waaren, die Arbeitsleute wegen der an der Grabstätte geleisteten Arbeiten, die Kirche wegen der schuldigen Gebühren u. s. f., indem dieser Unterschied blos auf die Liquidation Beziehung hat. Indeß, so bedarf doch die Sache noch einer etwas genauern Berichtigung, wenn wir den Punct: in wie ferne den Leichenkosten das Vorzugsrecht bey Concursen zugeschrieben werden müsse? ganz erschöpfen, und außer allen Streit setzen wollen.

Liquidirt 1) jemand beym Concurse Leichenkosten, welche er als Geschäfftsträger des Leichenbegängnisses, oder auf den Befehl des Verstorbenen ausgelegt hat, und die gleichwohl aus dem Vermögen des Schuldners bezahlt werden müssen, so ist es, wenn er des mehr gedachten Vorzugsrechts genießen will, nicht allein nothwendig, daß das, was er liquidirt, nach den obigen Grundsätzen zu den Leichenkosten gerechnet wer-

werden kann, sondern es muß auch bey der Aufwendung auf den Stand und das Vermögen des Verstorbenen Rücksicht genommen worden seyn. Denn da in solchem Fall übermäßige Aufwendungen gar nicht mit der actio funeraria gefordert werden können [84]), so ist auch nichts natürlicher, als daß sie von dem mehr erwähnten, den Leichenkosten zuständigen Privilegium, ebenfalls ausgeschlossen sind.

Dahingegen wenn 2) jemand beym Concurse etwas als Leichenkosten liquidirt, weil er bey der Beerdigung derjenigen Personen, die der Schuldner begraben zu lassen verbunden war, oder auch bey dem Leichenbegängniß des Schuldners selbst Dienste geleistet, oder etwas hergegeben hat, so fällt dieses weg, und seine Forderung genießt gradezu das den Leichenkosten beygelegte Privilegium.

Daß übrigens derjenige, welcher auf das Vorrecht der Leichenkosten beym Concurse Anspruch machen will, beweisen müsse, daß seine Forderungen die Eigenschaft der Leichenkosten haben, darf ich wohl nicht erst erinnern [85]).

84) *L.* 14. *§.* 6. *D. de religios.* WERNHER Observ. forens. *P.* 4. *Obs.* 177.

85) Vergleiche *Io. Gottfr.* KRAUSE pr. de sumtibus in funus defuncti factis, et qui sub illis intelligantur. *Vitemb.* 1737. Daß auch hier, in Mangel eines andern Beweises, die eidliche Bestärkung zulässig sey, zeigt BRUNNEMANN in processu concurs. creditor. *C. V. §. XIV.*

§. 213.

(B.)
Nach Herkommen und Gerichtsbrauch.

Nach dem B) Herkommen und Gerichtsbrauch, gehören auch noch zu den absolut privilegirten Gläubigern

1) die Aerzte, welche dem Schuldner in seiner letzten Krankheit beygestanden ha-

ben, wegen des ihnen gebührenden Arztlohns (SOSTRUM). Es fehlt zwar nicht an Rechtslehrern [86]), welche dieses Vorrecht aus dem römischen Recht ableiten wollen, und sich dabey auf *L.* 4. *C. de petit. heredit.* und *L.* 3. *C. de religios. et sumtib. funer.* berufen. Allein alle diese Gesetze beweisen im mindesten nichts, wenn man in sie genau eindringt. Die *L.* 4. *C. de petit. heredit.* enthält ein Rescript des Kaisers **Antonins**, und lautet folgendergestalt: In restituenda hereditate compensatio eius habebitur, quod te *in mortui infirmitatem*, inque *sumtum funeris* bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse tibi probaveris. In diesem Gesetz wird zwar neben den Leichenkosten auch derjenigen gedacht, welche auf die letzte Krankheit des Verstorbenen sind aufgewendet worden, allein es ist hier im mindesten nicht die Rede von einem Vorzugsrecht beym Concurse. Der Fall, worauf sich die Entscheidung des Gesetzes bezieht, ist dieser: Es hatte jemand, welcher Erbe zu seyn glaubte, aus seinem Vermögen auf die Krankheit des Erblassers und dessen Leichenbegängniß etwas aufgewendet, und nun im guten Glauben die Erbschaft angetreten. Hernach stellte sich der eigentliche Erbe ein, und verlangte die Auslieferung der Erbschaft. Hier verordnet **Antonin**, daß dem vermeintlichen Erben, der im guten Glauben handelte, erlaubt seyn soll, bey der Restitution der Erbschaft dasjenige abzuziehen, was er auf die Krankheit und das Leichenbegängniß des Verstorbenen verwendet hat. Und warum? aus keinem andern Grunde, als weil sich sonst der **wahre** Erbe mit dem Schaden des **vermeintlichen** Erben bereichert haben würde. **Antonin** that hier also weiter nichts, als daß er den allgemein in den Gesetzen anerkannten Grundsatz, daß sich keiner mit dem Schaden des andern bereichern solle, auf einen besondern Fall anwendete. Weit aber war er davon entfernt, eine Vergleichung der Leichenkosten mit den Kosten der Krankheit des Verstor-

storbenen anzustellen, oder den letztern gleiche Rechte mit den ersteren zu verleihen, sondern blos weil der vermeintliche Erbe auf die Krankheit des Verstorbenen ebenfalls Kosten verwendet hatte, trifft es sich, daß hier beyderseitiger Kosten zusammen gedacht wird. Und wie konnte auch hier vom Vorzugsrecht die Rede seyn, da die ganze Entscheidung keinen Concurs unterstellt.

Nicht mehr beweist *L.* 3. *C. de religios.*, ein Rescript des Imperators Alexander: Legatum, heißt es, a defuncto tibi relictum, et quod *in funus* vel *morbum eius* erogasse te boni viri arbitratu probaveris, praeses provinciae solvi tibi jubebit. Das Gesetz unterstellt den Fall, wo ein Vermächtnißnehmer auf die Krankheit und Beerdigung des Testators Kosten verwendet hatte, und der Imperator weist den Praeses provinciae an, den Erben anzuhalten, daß er dem Vermächtnißnehmer nicht nur das hinterlassene legat, sondern auch die aufgewendeten leichen- und Krankheitskosten erstatten solle. Und warum? weil der legatar beydes, wiewohl aus einem ganz verschiedenen Grunde, fordern konnte. Das Vermächtniß konnte er mittelst einer Klage aus dem Testamente, die leichen- und Krankheitskosten hingegen mit der actio negotiorum gestorum fordern, und ließ sich nicht annehmen, daß der legatar bey der Aufwendung der gedachten Kosten die Absicht gehabt hatte, die Wohlthat des Verstorbenen zu compensiren. Der Imperator Alexander wollte hier also das Unbillige der Meinung zeigen, daß der legatar in der Absicht, um zu compensiren, jenen Aufwand gemacht habe, und daher denselben nicht von dem Erben fordern könne, er hatte aber keinesweges dabey die Absicht; die Kosten der Krankheit des Verstorbenen mit den leichenkosten in ein gleiches Verhältniß zu stellen, und denselben die Vorrechte der leichenkosten beyzulegen. Daß hier die Kosten der Krankheit, den leichenkosten zur Seite gesetzt werden, rührt wieder von einem bloßen Ohngefähr her.

Offenbar ist es also, daß sich aus dem römischen Recht das Vorzugsrecht des Arztlohns nicht beweisen läßt [87]), es wäre denn, daß man die ungereimtesten Schlüsse gelten lassen wollte. Allein nichts desto weniger genießt es des Vorzugsrechts vermöge eines allgemeinen Gerichtsbrauchs in Deutschland, der durch eine Menge von besondern Landesgesetzen unterstützt wird [88]), und daher auch wohl zum Theil mit abgeleitet werden muß; so daß also die Meinung derjenigen Rechtslehrer [89]), welche dem Arztlohn seinen Platz überhaupt in der vierten Classe anweisen, zwar der Natur der Sache, nicht aber dem Gerichtsbrauch gemäß ist [90]).

86) LAUTERBACH in Colleg. theoret. practic. *Tit. de reb. auctorit. iudic. possidend. §. 25.* CARPZOV *P. I. Const. 28. def. 39.* Hoffmann in der deutschen Reichspraxis. *II.* Th. §. 1270. RICHTER de Iurib. et privileg. creditor. *Disp. IV. Membr. IV. p. 93.* *H.* LAMPE D. de privilegiis et iuribus singularibus Medicorum. *Sect. I. Cap. II. §. 22.* MEVIUS ad Ius Lubecens. *P. III. T. I. Art.* 11. und in s. decis. *Decis. 242. nr. 96,—100.*

87) Vergleiche die vortreffliche Dissertation von Hasentien de privilegio Medicorum creditorum in concursu. *Ien.* 1774.

88) Eine Menge solcher besondern Landesverordnungen findet man bey Hasentien a. a. O.

89) BODINUS in D. de non praeferendis sumtibus curationis ultimi morbi. *p.* 17. BEUTHER de Iure praelationis. *P. I. C.* 29.

90) Hasentien a. a. O §. 18. Emelin Ordnung der Gläubiger. S. 93.

§. 214.

Fortsetzung.

Nur das Arztlohn für die letzte Krankheit des Schuldners, d. i. an welcher derselbe wirklich

lich verstarb, genießt das Recht der Befriedigung in der ersten Classe — nicht deswegen, weil, wie einige Rechtslehrer, die das Privilegium des Arztlohns im römischen Recht zu finden glauben, behaupten [91]), in den Gesetzen blos der auf die letzte Krankheit verwendeten Kosten gedacht wird, und solche mit den Leichenkosten in gleichem Verhältniß gestellt werden, — sondern weil es so in dem Gerichtsbrauch gegründet ist. Da dieses Vorzugsrecht des Arztlohns der letzten Krankheit des Schuldners, sich ursprünglich auf eine unrichtige Erklärung römischer Gesetze gründet, und durch den Gerichtsbrauch seine eigentliche Consistenz allererst erlangt hat, so bin ich der Meinung, daß solches so eingeschränkt als möglich erklärt werden muß, zumahl da es auf gar keinen soliden Grund beruht. War daher der verstorbene Schuldner von einer Krankheit beynahe wieder völlig hergestellt, fiel aber hernach wieder in solche zurück, oder trat zu derselben eine neue hinzu, und verstarb nunmehr, so muß allerdings ein Unterschied in Ansehung des Arztlohns getroffen werden, und kann nur dasjenige des mehrmahls erwähnten Privilegiums genießen, welches der Arzt wegen der zuletzt geleisteten Hülfe zu fordern hat [92]).

Daß übrigens der Arzt, welcher auf dieses Vorzugsrecht Anspruch machen will, ein solcher seyn müsse, welchem nicht nur die Ausübung der Arzneykunst nach den Landesgesetzen nicht untersagt ist, sondern der sich auch in der wirklichen Ausübung befindet, bedarf keiner Erinnerung, weil er andergestalt das Arztlohn gar nicht fordern, oder doch nicht gerichtlich einklagen, also auch nicht beym Concurse liquidiren kann.

91) Mevius a. a. O. HAHN ad Wesembec. tit. *de privileg. creditorum. nr.* 4.

92) Gmelin a. a. O. S. 96.

§. 215.

Fortsetzung.

So wie dem Arztlohn der letzten Krankheit des verstorbenen Schuldners, eben so wird auch

2) allen andern Kosten der letzten Krankheit desselben, das Recht, in der ersten Classe ihre Befriedigung zu erhalten, beygelegt. Man rechnet dahin nicht nur die Arzeneyen, welcher der Schuldner in der letzten Krankheit bedürftig war, sondern auch alle andere Kosten, welche die letzte Krankheit des Schuldners erforderte, z. B. den Lohn derjenigen, welche dem kranken Schuldner aufwarteten, das, was die Krankheitsspeisen kosteten u. s. f. Ja man geht noch weiter, und rechnet so gar den Lohn des Fuhrmanns hieher, welcher den Arzt herbeyhohlen, oder auch den Schuldner in seiner Krankheit ausfahren mußte, und andere dergleichen sich nur auf eine entfernte Weise auf die Krankheit des Schuldners beziehende Kosten [93]).

So wenig ich es auch wage, dieses Privilegium der Kosten der letzten Krankheit des Schuldners außer dem Arztlohn anzufechten [94]), so muß ich jedoch erinnern, daß in Ansehung derselben ein gleicher Unterschied, wie bey dem Arztlohn, gemacht werden müsse, indem ein gleicher Grund ihres Vorrechts vorhanden ist, und daher auch gleiche Grundsätze gelten müssen.

93) *Anton* A MARA in tr. de concursu creditor. *p.* 56. Gmelin a. a. O. S. 94. u. 95.

94) Zwar will Anton a Mara a. a. O. das Vorzugsrecht der Kosten der letzten Krankheit des Schuldners nicht anders gelten lassen, als wenn solches durch ein besonderes Landesgesetz, oder durch ein von der unverdenklichen Verjährung bekräftigtes Gewohnheits-Recht bestätiget ist. Allein ich möchte fast behaupten, daß es in Deutschland nur da wegfalle, wo durch Landesgesetze den Kosten der letzten Krankheit des Schuldners ein Platz in der vierten Classe angewiesen ist. Vergleiche Walch a. a. O. §. *XVII.* wo sich davon Beyspiele finden. Die statutarischen Rechte,

te, welche dem Arztlohn in der ersten Classe seinen Platz anweisen, erwähnen auch fast alle mit einander der übrigen auf die letzte Krankheit des Schuldners verwendeten Unkosten, und legen auch diesen das Recht der Befriedigung in der ersten Classe bey.

§. 216.

Fortsetzung.

Außer den Unkosten der letzten Krankheit des Schuldners erhält auch nach dem allgemeinen Herkommen in Deutschland

3) das rückständige Liedlohn in der ersten Classe beym Concurse seine Befriedigung. Schon der Sachsenspiegel B. 1. Art. 22. gedenkt dieses Vorzugsrechts des Liedlohns in den Worten: von dem Erbe soll man allererst dem Gesinde geben ihren Lohn, als es ihnen gebühret, und auch die Billigkeit erheischt es, obgleich es darum doch in den gemeinen Rechten nicht bestätiget ist, sondern sich blos auf ein Herkommen begründet.

Unter Liedlohn [95]) versteht man denjenigen Lohn, welchen der Gemeinschuldner seinen Dienstbothen für die ihm, oder den Seinigen, oder in seinen Angelegenheiten geleisteten Dienste schuldig ist. Unter der Benennung der Dienstbothen, oder des Dienstgesindes werden nicht blos die Dienstleute der niedern Classe, z. B. Knechte, Mägde u. s. f. begriffen, sondern auch die der höhern Classe, z. B. Informatoren, Secretarien u. d. gl. sind darunter enthalten [96]), obgleich im gemeinen Leben und nach dem Sprachgebrauch nur die erstern darunter verstanden werden. Aber nicht jede Person, welche dem Schuldner Dienste leistete, kann zu dessen Gesinde, oder Dienstbothen, wenigstens nicht in so ferne gerechnet werden, daß der derselben gebührende Lohn eines Vorzugs beym Concurse genösse, sondern sie muß,

muß in des Schuldners Lohn und Brodt seyn, das heißt: es muß der Schuldner derselben, neben dem für ihre Dienste zu leistenden Lohn, auch noch die Unterhaltung schuldig seyn. Uebrigens kommt aber nichts darauf an: ob der Schuldner den Unterhalt in Natur leistet, oder ein sogenanntes Kostgeld giebt, ob dieses mit dem eigentlichen Liedlohn zusammengeworfen, und mit demselben, oder besonders verabreicht wird. Aus diesem Grunde können auch die Comödianten, wenn über das Vermögen eines Comödien-Entrepreneurs ein Concurs entsteht, sich unter das Gesinde rechnen, ihren Lohn als Liedlohn liquidiren, und verlangen, daß demselben das Vorrecht des Liedlohns beym Concurse zugestanden werden solle [97]). — Und ein gleiches gilt in Ansehung der Buchhalter, Factoren u. s. f. des Schuldners, welche mehrentheils ihren Unterhalt mit in dem Gehalt eingerechnet bekommen [98]).

Aus diesen Grundsätzen lassen sich nun auch leicht die beyden streitigen Fragen beurtheilen: ob 1) das Salarium der Advocaten und Notarien, welche dem Schuldner Dienste geleistet haben, imgleichen 2) das Handwerkslohn, welches der Gemeinschuldner schuldig geblieben ist, zu dem Liedlohn gerechnet werden könne, und sich mit demselben gleicher Vorzüge beym Concurse zu erfreuen habe? Das Salarium der Advocaten kann durchaus nicht als Liedlohn angesehen werden, obgleich Beuther [99]) solches behauptet, — auch dann nicht einmahl, wenn ein solcher Advocat von dem Schuldner zur Führung seiner Processe, gegen ein jährliches fixes Salarium angenommen worden, denn der Begriff vom Liedlohn, und dessen Erfordernissen paßt hier nicht [100]). — Und eben das gilt von dem Handwerkslohn, auch dann, wenn die Handwerker während der Zeit, wo sie dem Schuldner Dienste leisteten, wären beköstiget worden. Denn Essen und Trinken macht im juristischen Sinn noch nicht einen vollen Unterhalt aus [1]).

95) We-

95) Wegen der Etymologie dieses Worts ist Wachter in s. Glossar. German. *voc. lid. p.* 975. Spelmann im Glossar. *v. litus* und du Fresne im Glossar. *T. IV. p.* 246. nachzusehen.

96) Dies stimmt vollkommen mit der Ableitung des Worts Gesinde von dem alten Wort Gasindus überein. Vergleiche du Fresne a. a. O. *voc. Gasindium.*

97) von Zangen Sammlungen einiger practischen Rechtserörterungen. 4. Meditat. Was hier von Comödianten behauptet wird, muß auch von Gauklern, Taschenspielern und andern dergleichen Personen gelten, wenn auch sonst zwischen ihnen und den Comödianten ein Unterschied gemacht wird.

98) Gmelin a. a. O. S. 104.

99) de iure praelationis inter concurrentes creditores. *L. I. Cap. XXVIII.*

100) *Franc. Iust.* KORTHOLT de iure salarii advocatorum in concursu creditorum. *Giss.* 1770. *§. XVI.*

1) *Georg Ludw.* BOEHMER de Iure mercedis opificum in Concursu creditorum. *§. XV.* in Elect. Iur. civil. *Ex. XII.* Eben so wenig kann auch das rückständige Arztlohn dieses Vorzugs genießen, wenn auch der Arzt ein sogenannter Hausarzt des Schuldners war, und dafür eine jährliche Besoldung genoß.

§. 217.

Fortsetzung.

In Ansehung des Vorzugsrechts des Liedlohns beym Concurse kommt 1) nichts darauf an, ob der, welcher dasselbe fordert, ein Fremder, oder Verwandter des Schuldners ist; vorausgesetzt, daß er nur für die dem Schuldner geleisteten Dienste einen Lohn fordern kann, und darzuthun im Stande ist, daß er in des Schuldners Kost und Brodt gewesen. Ohnstreitig genießen daher auch selbst die Kinder des Schuldners, in so ferne sie nur überhaupt, wegen der demselben geleisteten Dienste, einen Lohn fordern können [2]), in Ansehung desselben,

ben, das dem Liedlohn beygelegte Privilegium [3]). So kommt auch ferner 2) nichts darauf an, ob die Quantität des Liedlohns bedungen, oder nicht bedungen ist, sondern erst von dem Richter bestimmt werden muß [4]). Es relevirt auch nach dem gemeinen Recht 3) nichts, ob das rückständige Liedlohn von einem oder mehreren Jahren ist, ob das Dienstgesinde zu der Zeit, wo der Concurs ausbrach, sich noch in dem Dienst des Gemeinschuldners befand, oder denselben bereits verlassen hatte [5]); ob endlich das Dienstgesinde, welches den Lohn fordert, in Beziehung auf den Schuldner, nothwendiges, oder vielmehr überflüssiges Gesinde gewesen ist [6]). Auf allem Fall darf jedoch das Dienstgesinde sich den rückständigen Liedlohn von dem Schuldner nicht haben verzinsen lassen, indem alsdann eine Verwandlung desselben in ein Darlehn entsteht, und mitfolglich aller Vorzug im Concurse aufhören muß [7]).

Ob das Dienstgesinde des Schuldners, beym Concurse über dessen Vermögen, auch dieses Vorzugsrechts wegen desjenigen Liedlohns genießen müsse, welches erst nach dem Ausbruch des Concurses fällig geworden ist? ist streitig. Gmelin [8]) läugnet es aus dem Grunde, weil nach entstandenem Concurse keine stillschweigende Miethung der Dienste mehr statt habe, allein dies ist gar kein Grund. Wie hört denn durch den Ausbruch des Concurses das Recht des Schuldners auf, Dienstbothen zu miethen, und ihnen einen Lohn zu versprechen? Wie kann man ferner denjenigen, welcher erst nach dem Ausbruch des Concurses eine Forderuug an den Schuldner erhält, von der Theilnahme an der Concursmasse ausschließen? — Und paßt endlich nicht der Grund, warum das Liedlohn beym Concurse ein Vorzugsrecht in der ersten Classe genießt, auch auf das Liedlohn, welches der Gemeinschuldner erst nach entstandenem Concurse den Dienstbothen schuldig wird?

Ich

Ich glaube, man muß hier unterscheiden zwischen solchem Liedlohn, welches in einem von dem Schuldner vor entstandenem Concurse abgeschlossenen Miethscontract seinen Grund hat, und einem solchen, welches durch einen erst nachher eingegangenen Miethscontract begründet wird. Das erstere muß allerdings beym Concurse in der ersten Classe befriediget werden, ohne Unterschied, ob es vor oder nach dem Ausbruch des Concurses fällig geworden ist. Dem letzteren aber würde ich um deswillen nicht nur das Vorzugs-, sondern auch überhaupt das Befriedigungsrecht bey dem gegenwärtigen Concurse absprechen, weil der Schuldner nach dem Ausbruch des Concurses nichts mehr unternehmen darf, was sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger beschwert. Denn können gleich Forderungen, die erst, nachdem der Concurs schon ausgebrochen ist, entstehen, an der jetzigen Concursmasse geltend gemacht werden, so versteht sich doch solches immer unter der Bedingung, wenn diese ohne Mitwirkung des Gemeinschuldners entstanden sind.

Zu dem Liedlohn muß nicht nur das baare Geld, welches Dienstbothen für die dem Gemeinschuldner geleisteten Dienste empfingen, gerechnet werden, sondern auch alles übrige, was ihnen in Rücksicht auf dieselben war versprochen worden, oder nach dem Herkommen gegeben werden mußte, und sie als ein Zubehör ihres Liedlohns iure perfecto fordern konnten, z. B. die Livree der Bedienten, andere Kleidungsstücke, Schuhe, Leinwand, Weihnachtsgeschenke u. d. m. Andere Forderungen hingegen, welche Dienstbothen aus einem andern Grunde an den Gemeinschuldner etwa machen könnten, gehören nicht hieher. Sollte indeß dem Dienstbothen statt der wirklichen Beköstigung ein Kostgeld versprochen worden seyn, so glaube ich, daß es der Billigkeit gemäß ist, wenn man demselben neben dem Liedlohn ebenfalls in der ersten Classe seinen Platz anweist.

weist. Ausgemacht ist es übrigens, daß das, was ein Dienstherr von seinen Dienstbothen mittelst der aus dem Miethscontract entspringenden Klage fordern kann, beym Concurse über dessen Vermögen, sich keines Vorzugsrechts in dieser Classe zu erfreuen habe. Aus der Natur und Eigenschaft dieses Privilegiums des Liedlohns fließt es auch, daß, wenn jemand für den Schuldner das rückständige Liedlohn entrichtet hat, er, wenn er solches beym Concurse liquidirt, auf dieses Vorzugsrecht nicht Anspruch machen könne [9]).

2) David Georg Struben in s. rechtl. Bedenken Th. 3. *nr.* 49. HARPRECHT in D. de salario pro operis liberorum praestando. §. 26. Kinder können nur dann für die den Eltern geleistete Dienste einen Lohn fordern, wenn sie im Stande waren, sich bey andern Leuten durch ihre Dienstleistung etwas zu erwerben, von den Eltern aber zu ihren Diensten zurückbehalten, und als Dienstgesinde gebraucht wurden.

3) Gmelin a. a. O. S. 106.

4) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. tit. *de reb. auct. iud. possid.* §. 31.

5) Auch dann, wenn es den Dienst verlaufen hat, kann demselben der Vorzug wegen des Liedlohns beym Concurse nicht streitig gemacht werden, indem diese Handlung den Verlust dieses Privilegiums nicht nach sich zieht, sondern das Dienstgesinde blos der Herrschaft zum Schaden-Ersatz verbunden wird.

6) Gmelin a. a. O. S. 103.

7) arg. *L.* 7. §. 2. *D. depositi.*

8) a. a. O. S. 108.

9) Vergleiche das siebente Hauptstück von der Succession der Gläubiger beym Concurse.

§. 218.

Fortsetzung.

Außer dem Liedlohn nimmt auch nach dem Herkommen

4) der

4) der Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben in der ersten Classe seinen Platz ein [10]). Man leitet dieses Vorzugsrecht des Fiscus zwar gemeinhin aus *L.* 1. *C. in quib. cauſ. pign.* und *L.* 1. *C. ſi propt. publ. penſitat.* her, allein darin ist es nicht deutlich gegründet, sondern vielmehr das Herkommen, und der Gerichtsbrauch kann als der eigentliche Grund desselben angesehen werden. Denn heißt es gleich im *L.* 1. *C. in quib. cauſ. pign.*: „Univerſa bona eorum, qui cenſentur, *vice pignorum* tributis obligata ſunt, und im *L.* 1. *C. ſi propt. publ. penſitat.*„ Venditionem ob tributorum ceſſationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae ſive pignoris (praetendente). *Potior eſt enim cauſa tributorum, quibus priore loco omnia bona ceſſantis obligata ſunt*, so erhellt doch aus dem erstern Gesetz weiter nichts, als daß der Fiscus wegen der Steuern und Abgaben, ein generelles Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Schuldners haben soll, und in dem letztern Gesetz wird blos gesagt, daß der Fiscus wegen der Steuern und Abgaben, welche auf ein bestimmtes Grundstück haften, allen Gläubigern, die an diesem Grundstück etwas zu fordern haben, nicht aber, daß er allen Gläubigern des Schuldners vorgezogen werden solle. Ganz richtig urtheilt daher auch Paul Wilhelm Schmidt [11]), wenn er annimmt, daß das römische Recht dem Fiscus wegen der Steuern und Abgaben ein gedoppeltes Pfandrecht beylege, nemlich ein generelles, und noch oben darein ein specielles an dem Grundstück, woraus er solche zu fordern hat, und zwar dem letztern, nicht aber dem erstern einen Vorzug verleihe. Diese Behauptung verliehrt auch nichts an ihrem innern Gehalt, wenn wir gleich die Modification annehmen, unter welcher Johann August Hellfeldt [12]) derselben beytritt. Er unterscheidet nemlich, ob der Fiscus sein Recht gegen den Schuldner selbst, oder

gegen einen dritten Besitzer des Grundstücks verfolgt, aus welchem ihm die Steuern und Abgaben gebühren, und legt im ersten Fall dem Fiscus ein generelles, im letztern ein specielles Pfandrecht bey. Denn allemahl bleibt es gewiß, daß die Worte des *L.* 1. *C. si propter publ. pensit.*: potior est enim causa tributorum, wenn man sie nicht aus ihren Zusammenhang reißt, blos von dem Vorrecht des Fiscus, wenn er mit andern concurrirt, die an eben das Grundstück, woraus ihm Steuern und Abgaben gebühren, Anspruch machen, reden, nicht aber von einem allgemeinen Vorrecht. Aber noch auf eine andere Art läßt sich das Gesetz erklären, welche auch wohl ohnstreitig die richtigste ist. Im *L.* 7. *pr. D. de publ.* wird gesagt: in vectigalibus *ipsa praedia* non personas *conveniri.* Ist nun aber dies der Fall, so sind alle Gläubiger beym Concurse, wenn sie das Grundstück besitzen, worauf die Abgaben haften [13]), als Schuldner des Fiscus zu betrachten, und ist es daher kein Wunder, wenn er ihnen in Rücksicht auf die Befriedigung aus demselben vorgehen muß.

Auf den Nachsatz der im *L.* 1. *C. si propt. publ. pensitat.* vorkommt: quibus (sc. tributis) *priore loco* omnia bona cessantis obligata sunt, läßt sich auch noch nicht mit unumstößlicher Gewißheit bauen, weil es aus allen hervorleuchtet, daß sich Antonin hier auf andere Gesetze vom Pfandrecht des Fiscus wegen der Steuern blos beziehen will, und diese von diesem Vorzugsrecht desselben nichts wissen. Doch dem sey wie ihm wolle, auf allem Fall läßt sich aus dem römischen Rechte nicht das Vorzugsrecht des Fiscus, wegen der rückständigen Steuern und Abgaben, als eines absolut privilegirten Gläubigers, und der ersten Classe, sondern höchstens als eines privilegirten Pfandgläubigers ableiten [14]).

10) KLÜGEL de loco vectigalibus, vel aliis oneribus realibus, et personalibus in concursu creditorum attribuendo. §. 9.

11) In

11) In D. de iure praelationis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius ſimul pecunia fundus eſt acquiſitus, ut cui dominium a venditore ceſſum, competende. *Ien.* 1760. §. 8.

12) In D. de hypotheca fiſci, praeſertim in bonis poſt contractum quaeſitis. §. X. in Opuſcul. a Fiſchero edit. *Nr.* X.

13) Daß hier in dem *L. 7. cit.* unter vectigalia überhaupt onera realia, die der Fiſcus zu fordern hat, verſtanden werden, iſt ohnſtreitig. Man vergleiche Brunnemann ad *Leg. 7. pr. D. de publ.*

14) *Carl Frid.* WALCH in Controverſ. iur. civil. *p.* 797. und die daſelbſt angeführten Rechtslehrer.

§. 219.

Fortſetzung.

Der Fiſcus genießt heutiges Tages das Recht der Befriedigung in der erſten Claſſe, wegen der rückſtändigen Steuern und Abgaben aller und jeder Art, ſie mögen ordentliche oder außerordentliche ſeyn [15]), ſie mögen gefordert werden unter welchem Nahmen ſie wollen [16]), ſo wenig ſich auch dieſe allgemeine Behauptung, wenn man ſich ſtrenge an das römiſche Recht hält, vertheidigen läßt. Es kann auch bey dieſem allgemeinen Gewohnheitsrecht, das ſonſt dem Fiſcus wegen der Steuern und Abgaben nach dem römiſchen Rechte beygelegte allgemeine Pfandrecht nicht mehr in Betrachtung kommen, indem er deſſelben in der erſten Claſſe nicht weiter bedarf [17]), ſo wenig ich darum auch den Nutzen des beſondern Pfandrechts des Fiſcus an dem Grundſtück, woraus die Steuern entrichtet werden müſſen, und das damit verbundene Vorzugsrecht beſtreiten mögte [18]). Nur denjenigen Steuern und Abgaben, welche vor entſtandenem Concurſe fällig geworden ſind, gebührt dieſes Vorzugsrecht, denn diejenigen, welche nach dem Ausbruch des Concurſes allererſt fällig werden, müſſen aus

der Concursmasse, als eine auf das Vermögen des Schuldners haftende Last, entrichtet werden [19]). Da wegen der rückständigen Steuern Verzugszinsen entweder nie begehrt, oder doch nach dem Gerichtsbrauch nicht zugesprochen zu werden pflegen [20]), so kann das mehrgedachte Vorzugsrecht des Fiscus nur den Steuern als solchen beygelegt werden. Ein andere Frage ist es jedoch: ob wenn der Fiscus von denjenigen, die diese Steuern und Abgaben einzufordern haben, wegen ihrer begangenen Nachlässigkeit Zinsen fordert, wozu er vermöge der Analogie des *L.* 17. §. 7. *D. de usur. et fructib.* sehr wohl befugt ist, wenn über deren Vermögen ein Concurs entsteht, in Ansehung derselben, auf dieses Vorzugsrecht Anspruch machen könne? Nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer [21]), welcher auch der Gerichtsbrauch zur Seite steht, ist diese Frage um deswillen zu verneinen, weil der von seinen Beamten begangene Verzug, in Beytreibung der Steuern, dem Fiscus vielmehr, als den übrigen Gläubigern nachtheilig seyn muß. So viel ist indeß gewiß, daß die auf die Einforderung der Steuern verwendete Unkosten mit denselben gleichen Vorzug beym Concurse genießen [22]).

Landstädte und mittelbare von Adel wenn sie aus den Gütern der respective Bürger, und Unterthanen rückständige Steuern und Abgaben zu fordern haben, können in Ansehung derselben, so wenig auf das mehrgedachte Vorzugsrecht des Fiscus, als auf einen Platz in der ersten Classe Anspruch machen. In wie ferne Jemand, der an dem Fiscus die rückständigen Steuern bezahlt hat, sich dieses Privilegium des Fiscus zu erfreuen habe, wird unten in dem Hauptstück von der Succession der Gläubiger gezeigt werden.

15) Vergleiche Carl Friedr. Walch in introd. in contr. iur. civilis. *p.* 796.

16) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 114.

17) Gmelin a. a. O.

18) We-

18) Wegen desselben hat sogar der Fiscus vor demjenigen Gläubiger, mit dessen Gelde das Grundstück erworben, und welchem daran ein Eigenthumsrecht vorbehalten worden, nach der richtigern Meinung den Vorzug. Vergleiche Schmidt a. a. O.

19) Vergleiche das erste Hauptstück §. 47.

20) Schmidt a. a. O. §. XXI.

21) Schmidt a. a. O. BERGER in Elect. disceptat. forensib. *Supplem. II. Nr. V. ad Obs.* 7. MEVIUS in Decis. *P. II. dec.* 162.

22) Gmelin a. a. O. S. 119.

§. 220.

Untersuchungen:

1) Ob rückständiger Zins und Laudemien-Gelder in der ersten Classe befriediget werden müssen.

Von den bisherigen Forderungen ist es unbestritten, daß ihnen in der ersten Classe ein Platz gebührt. Dahingegen giebt es aber noch eine Menge anderer, worüber die Rechtslehrer sehr in ihren Meinungen verschieden sind; ob solche in der ersten, oder einer der hinten folgenden Classen ihren Platz angewiesen erhalten müssen. Dahin gehören 1) rückständiger Zins (Census) und Laudemien-Gelder. Wenn ich mich hier des Ausdrucks Zins bediene, so verstehe ich darunter blos denjenigen, der die Natur eines Bekennegeldes (Canon) hat, nicht den, welcher als eine Pachtvergeltung (Locarium) anzusehen ist. Denn in Ansehung des letztern ist es ohnstreitig gewiß, daß demselben nicht in der ersten Classe die Befriedigung gebührt, sondern derjenige Platz angewiesen werden muß, der einem Verpächter wegen des rückständigen Pachtgeldes zukommt [23]).

Der größte Theil der Rechtslehrer [24]) räumt so wenig dem rückständigen Zins, als den Laudemien-Geldern, die der Schuldner restirt, einen Platz in der ersten Classe ein, indem die Gesetze dergleichen Prästationen blos ein stillschweigendes Pfandrecht [25]), nicht aber ein Vorzugs-

recht beym Concurse, geschweige denn einen Platz in der ersten Classe anwiesen. Dahingegen behauptet Herr G. J. R. Walch [26]) das Befriedigungsrecht derselben in der ersten Classe aus dem Grunde, weil das Recht, Canon- und Laudemien-Gelder zu fordern, ein Ausfluß des Obereigenthums sey, welches dem Gläubiger an dem Prädium des Schuldners zuständig wäre, und das durch nichts zu seinem Nachtheil belästiget werden könnte. Er begründet sich dabey auf die Entscheidung des römischen Rechts, und zwar insbesondere der *L.* 17. *D. de pignorat. act.* einem Rescript der Kaiser **Severus** und **Antoninus**, wo zwar die Verpfändung eines praedii vectigalis, und superficiarii erlaubt wird, jedoch mit der Einschränkung: ut ejusmodi fundi saltem *sine deminutione mercedis* soli obligarentur.

23) Justus Friedrich Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 515.

24) Vergleiche Walch in introd. in controvers. iur. civil. *p.* 798., wo die vorzüglichsten Rechtslehrer, welche hieher gehören, angeführt sind.

25) *L.* 31. *D. de pignor. L.* 1. *D. in quib. caus. pign. L.* 15. *D. qui potior. in pignor. Carl Henr.* GEISLER de hypotheca tacita domini ex causa canon. emphytevtici. *Erlang.* 1773. Indeß so fehlt es auch nicht an Rechtslehrern, welche von dieser Hypothek gar nichts wissen wollen. Man sehe unter mehrern Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 288.

26) A. a. O.

§. 221.

Welches bejahet wird.

Ziehe ich die Sache in genaue Erwägung, so finde ich mich allerdings geneigt, der Meinung des H. G. J. R. Walch beyzutreten, und den mehrgedachten Prästationen ihre Befriedigung in der ersten Classe anzuweisen. Ohne mich erst über den Streit: Ob der Obereigenthümer wegen des emphyteutischen Canons und der Lau-

laudemien-Gelder eines Pfandrechts nach dem römischen genieße, und von welcher Beschaffenheit dasselbe sey? welches bey der vorliegenden Frage doch wenig oder gar nichts releviren kann, weitläuftig zu verbreiten, will ich hier nur bemerken; daß sich aus der Verfügung der Kaiser Severus und Antoninus im *L.* 17. *D. de pignor. act.* dieses Vorzugsrecht ohne alle weitere Rücksicht ganz gut vertheidigen läßt, welches einem jeden, der nur die Verordnung dieses Gesetzes mit dem unmittelbar voraufgehenden *L.* 16. *§.* 2. *D. eod.* worauf sich solche bezieht, genau vergleicht, sogleich einleuchten wird. In dem ebengedachten *L.* 16. *§.* 2. *D. de pignor. act.* heißt es: Etiam *vectigale praedium* pignori dari potest: sed et *superficiarium:* quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. Nach diesem Gesetz wird die, mit einem Guth, das sich im getheilten Eigenthum befindet, von dem, welcher das nutzbare Eigenthum hat, vorgenommene Verpfändung für gültig erklärt, oder vielmehr demselben das Verpfänden des Guths erlaubt; allein doch soll diese Verpfändung nach *L.* 17. *eod.* für den Obereigenthümer in Ansehung derjenigen Leistungen, welche er vermöge des Obereigenthums fordern kann, nicht den mindesten Nachtheil haben. Ut SINE DEMINUTIONE MERCEDIS soli obligarentur heißt es in dem *L.* 17. *D. eod.* mit dürren Worten. Und daß hier unter MERCES solche Leistungen verstanden werden, die vermöge des Obereigenthums gefordert werden können, ist ohnstreitig gewiß, man wollte denn das Gesetz, ohne allen Zusammenhang mit dem voraufgehenden, worin es doch wesentlich steht, erklären.

Soll nun aber nach der deutlichen Verordnung der Gesetze der Obereigenthümer wegen der Prästationen, die er Kraft seines Obereigenthums zu fordern berechtigt ist, auch vor den mit einem Pfandrecht versehenen Gläubigern den Vorzug haben, so hat er ihn gewiß vor den Personal-Gläubigern, — so gebührt ihm ohnstreitig

ein Platz in der ersten Classe, und bedarf es weiter keiner Untersuchung, ob er mit einem Pfandrecht versehen ist, oder nicht.

§. 222.

2) Ob dem Erbegeld ein Platz in der ersten Classe gebühre?

Ferner 2) streitet man sich darüber: ob dem sogenannten Erbegeld ein Platz in der ersten Classe gebühre? Ehe wir uns in eine Prüfung dieser Frage einlassen können, müssen wir zuvörderst von dem Erbegeld selbst das Nöthige voraufgehen lassen.

Unter Erbegeld (PECUNIA HEREDITARIA) versteht man eine gewisse Summe Geldes, welche ein Erbe von den unbeweglichen Gütern, welche ihm bey der Erbschafts-Theilung zugesprochen worden, seinen Miterben zu einer bestimmten Zeit leisten muß [27]). Das Erbegeld ist, wie sich aus dem eben davon gegebenen Begriff ergiebt, eine wirkliche Geldschuld, und daher pflegt auch in Ansehung desselben die Frage aufgeworfen zu werden: in welcher Münzsorte dasselbe entrichtet werden müsse, wenn solches bey dem Zuschlag der unbeweglichen Erbschaftsstücke nicht bestimmt ist? welche dahin entschieden werden muß, daß die Entrichtung in der bey der Taxation zum Grunde gelegten Münzsorte geschehen müsse [28]). Der Zweck bey der Bestellung eines solchen Erbegeldes ist, in Ansehung der Erbschaft eine Gleichheit unter den mehreren vorhandenen Erben zu erhalten, und kann daher das Erbegeld nur unter Miterben gedacht werden. Uebrigens aber kommt heutiges Tages nichts darauf an, ob es Miterben ab intestato, oder aus einem Testament sind, unter welchen das Erbegeld festgesetzt worden, so wenig auch dieses dem Geist des ältern deutschen Rechts angemessen ist, imgleichen von welcher Art und Gattung die Miterben

erben sind. Eben so kommt auch darauf nichts an, ob der Zuschlag gerichtlich oder außergerichtlich, ob er bey Lebzeiten des Erblassers, und unter dessen Direction, oder nach seinem erfolgten Ableben geschehen ist. Und ist nun dieses Erbegeld einmal festgesetzt, so kann auch nichts darauf ankommen, ob ein Fremder das Erbe an sich kauft, in die Stelle des Erben tritt, und sich zur Entrichtung des Erbegeldes verpflichtet, oder ob selbst der Miterbe es ist, welcher dazu verbunden ist [29]).

Sonst ist es bey der Bestellung des Erbegeldes natürlich, daß das unbewegliche, bey der Erbschafts-Theilung zugeschlagene Guth, dem Miterben, der das Erbegeld entrichten soll, übergeben, und eigenthümlich überlassen werden muß [30]).

27) *Lüder* MENCKEN in D. de pecunia hereditaria. *C.* I. §. 4. *Io. Bernh.* FRIESE de pecunia hereditar. *Thes. I. p.* 3. Auch die Particulair-Gesetze, die des Erbegeldes erwähnen, legen dabey immer diesen Begriff zum Grunde.

28) Joh. Ludwig Schmidt in seinen rechtlichen Entscheidungen. 2. Abschn. S. 372.

29) *Carl Fried.* WALCH in D. de privilegio pecuniae hereditariae in concursu creditorum. *Ien.* 1776.

30) Walch a. a. O. §. *XIII.*

§. 223.

Fortsetzung.

Nun zur Untersuchung der oben erwähnten Frage selbst, die ich nicht besser beschaffen zu können glaube, als wenn ich zuvor die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer darüber, nebst ihren Gründen voraufgehen lasse.

Leyser [31]), Puffendorf [32]), Walch [33]), und andere Rechtslehrer [34]) mehr, gestehen nach dem gemeinen Recht dem Erbegelde beym Concurse in der ersten Classe

die Befriedigung zu. Es ist bekannt, sagen sie, daß nach *L.* 1. *C. de donat. quae sub modo*, das Eigenthum wieder auflebt, und die Reivindication begründet wird, wenn der andere die Bedingungen nicht erfüllt, unter welchen dasselbe auf ihn übertragen worden. Eben dies ist nun der Fall bey dem Erbegelde. Auf dem Miterben wurde das Eigenthum der unbeweglichen Erbschaftssache unter der Bedingung überlassen, wenn er dagegen eine bestimmte Summe Geldes, und zu einer bestimmten Zeit an die Miterben entrichten würde. Dies ist ja aber nun nicht geschehen, mithin muß das Miteigenthum der Miterben an diesem Erbschaftsstück reviviscíren, und sie würden daher, wenn man es strenge nehmen wollte, sogar berechtiget seyn, mit der Eigenthumsklage die Sache aus der Concursmasse zurückzufordern. Videtur ergo, sagt insbesondere Leyser von dem Miterben, der wegen des Erbegeldes als Gläubiger auftritt, extra concursum inter eos, qui iure dominii res suas repetunt, collocandus esse. Sed usu obtinuit, ut SALTEM in prima classe collocetur. Einige von diesen Rechtslehrern wollen vorzüglich aus dem deutschen Recht dieses Privilegium abgeleitet wissen, und zwar aus dem Miteigenthum, das auch nach der Theilung den Miterben an der einem zugeschlagenen Erbschaftssache verblieb.

Was die Natur und Eigenschaft dieses vorgeblichen Privilegiums des Erbegeldes anbetrifft, so hat es damit nach der Meinung dieser Rechtslehrer folgende Bewandniß [35]). 1) Dieses Privilegium ruht auf das zugeschlagene Erbe gegen Erlegung des Erbegeldes, und kann daher nicht anders statt haben, als wenn dasselbe sich zur Zeit des Concurses noch in dem Vermögen des Schuldners befindet. Es muß daher immer der Miterbe des Schuldners, welcher dergleichen Erbegelder beym Concurse liquidirt, und sich auf dieses Vorzugsrecht beruft, beweisen, daß das Erbe noch unter dem Vermögen des

Schuld-

Schuldners befindlich sey, und wenn er solches nicht kann, so muß ihm entweder pure, oder auch bis auf besseren Beweis sein Platz unter den chirographarischen Gläubigern angewiesen werden. 2) Das Privilegium des Erbegeldes kann nur in so weit statt haben, als die Entrichtung desselben aus dem noch unter des Schuldners Vermögen befindlichen Erbe geschehen kann. In Ansehung des Ueberschusses genießt der Gläubiger kein Vorzugsrecht [36]). 3) Es findet das mehr gedachte Privilegium des Erbegeldes nicht statt, sobald sich der Miterbe, dem es entrichtet werden sollte, zur Sicherheit desselben ein Eigenthum, oder eine Hypothek bedungen hat — so oft er sich davon Zinsen hat versprechen lassen, und endlich so oft mit dem Erbegelde eine Novation vorgegangen ist. Denn im ersten Fall bedarf er theils dieses Privilegiums nicht [37]), theils leistet er darauf durch die Bestellung einer Hypothek Verzicht [38]). Im zweyten Fall gebührt ihm wegen des Wuchers, und der dadurch hervorgebrachten Verwandlung des Erbegeldes in ein Anlehn, sein Platz unter den chirographarischen Gläubigern [39]), und im dritten Fall, so verliehrt er das Privilegium um deswillen, weil er das Erbegeld nicht mehr in dieser Eigenschaft, sondern nur unter einem andern Nahmen fordern kann. Insbesondere ist dies der Fall, wenn er sich über das Erbegeld einen Wechsel hat ausstellen lassen [40]).

So wie das Befriedigungsrecht des Erbegeldes in der ersten Classe von den angesehensten Rechtslehrern nach dem gemeinen Recht vertheidigt wird, so fehlt es dagegen auch nicht an Männern von Gewicht [41]), die dasselbe nicht anders gestatten wollen, als wenn es durch Landesgesetze bestätiget ist, nach dem gemeinen Recht aber es darum für ungereimt erklären, weil nach demselben der Erbe, der seinem Miterben etwas von der Erbschaft gegen einen gewissen Preis überläßt, nicht anders

als

als ein Verkäufer angesehen werden, und daher mit diesem auch nur gleiche Rechte beym Concurse genießen könne.

31) In Meditat. ad Pandect. *Spec.* 483. *Med.* 1.

32) In Obs. Iur. univers. *T. I. p.* 284.

33) In der Dissertation de privilegio pecuniae hereditariae in concursu Creditorum. §. *XXI.* und in seiner Introduct. in controvers. iur. civil. *p.* 794.

34) Eine reiche Nachlese findet sich davon bey Walch a. a. O.

35) Vorzüglich hat H. G. J. R. Walch diese Erfordernisse in der angeführten Dissertation entwickelt.

36) Erkenntnisse, welche auf diese Grundsätze gebauet sind, finden sich bey Walch in der angeführten Dissertation §. *XVI. not. g.*

37) Denn hier würde der Gläubiger sich mit allem Recht zu den Vindicanten rechnen können. Daß er freylich besser fährt, wenn er es thut, als wenn er an das Privilegium des Erbegeldes glaubt, wird sich in der Folge zeigen.

38) Walch a. a. O. §. *XVII.* Anderer Meinung ist jedoch Puffendorf in Obs. Iur. Univ. *T. I. Obs.* 103. *p.* 184., welcher die Reservation einer Hypothek zum Genuß dieses Privilegiums als durchaus nothwendig ansieht.

39) Leyser a. a. O. Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. S. 274. Walch a. a. O. §. *XVIII.*, welcher jedoch Verzugszinsen zuläßt.

40) Lüder Mencken a. a. O. Walch a. a. O. Außer den hier angeführten Fällen, wo das Privilegium des Erbegeldes verlohren gehen solle, werden von den Rechtslehrern noch andere in Menge angegeben, deren Ungereimtheit aber H. G. J. R. Walch a. a. O. hinlänglich gezeigt hat.

41) Mit Vorübergehung älterer Rechtslehrer, die bey Leyser und Walch nachgesehen werden können, will ich hier nur auf Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 139. aufmerksam machen.

§. 224.

Wird verneint.

So sehr ich auch davon mich überzeugt halte, daß bey vielen Vorzugsrechten im Concurse, so wenig eine Wider-

Widerlegung, als eine richtige Ableitung möglich ist, so wenig kann ich mich doch dazu verstehen, dem Erbegelde das Befriedigungsrecht bey Concursen in der ersten Classe zuzugestehen. Zweyerley ist nur möglich, um einer Forderung ein Vorzugsrecht in dieser Classe zu ertheilen, nemlich ein Gesetz macht sie zu einer absolut privilegirten Forderung, oder der allgemeine Gerichtsbrauch! Beydes läßt sich — man fange es an wie man wolle, in Ansehung des Erbegeldes nicht beweisen. Aus dem gemeinen Recht kann jenes Privilegium so wenig directe, als indirecte hergeleitet werden. Das römische Recht weiß davon nichts, und aus dem deutschen Recht läßt sich eben so wenig deshalb Raths erhohlen. Zugegeben auch, daß nach deutschen Rechten bey der Erbschaftstheilung auch nach Vollendung derselben, in Ansehung der einem Erben adjudicirten Erbschaftsstücke, die übrigen im Miteigenthum verblieben; wie läßt sich denn daraus das angebliche Privilegium des Erbegeldes als etwas, was deutschen Ursprungs, und in deutschen Rechten gegründet ist, beweisen? Es folgt daraus nichts mehr und nichts weniger, als daß man dem Miterben die Eigenthumsklage zur Verfolgung seines Anspruchs würde zugestehen müssen. Und wie paßt endlich das, was in dem deutschen Recht vom Miteigenthum der Erben verfügt gefunden wird, auf unsere Zeiten, wo wir, wenigstens unter Privatpersonen, allgemein das Erbrecht, und die Wirkungen, die dasselbe mit sich bringt, nach dem römischen Recht beurtheilen, daß mit einem solchen Miteigenthum ganz unbekannt ist.

Die *L.* 1. *C. de donat. quae sub modo* giebt den traurigsten Beweis für die Sache ab. Denn so hat 1) das Gesetz die Begünstigung der Alimenten besonders zum Zweck, und läßt sich daher die Verfügung desselben nicht wohl auf andere Fälle ausdehnen. Und gesetzt auch, daß dieses anginge, so würde daraus 2) nichts mehr und nichts weniger, als dieses folgen, daß die

Mit-

Miterben, an welche das Erbegeld ausgezahlt werden sollte, die dem Schuldner zugeschlagene unbewegliche Sache aus einem Eigenthumsrecht in Anspruch nehmen, und sich der Einlassung in den Concurs gänzlich enthalten könnten.

Aber der Gerichtsbrauch! — Auch damit sieht es sehr windig aus, man wollte ihn denn in bloßen Meinungen der Rechtslehrer setzen. In den Landen, wo besondere Landesgesetze vorhanden sind, welche dem Erbegeld das Vorrecht, in der ersten Classe befriediget zu werden, beylegen [42]), genießt freylich dasselbe dieses Vorrechts, allein ja nicht nach dem Gerichtsbrauch, sondern vermöge der Gesetze. In andern deutschen Reichslanden, wo man den Meinungen der sächsischen Rechtslehrer sehr anhängt, und deren Behauptung als gemeines Recht, oder als gemeinen Gerichtsbrauch ansieht [43]), ist dies auch wohl der Fall. Aber dagegen giebt es nun auch Länder genug, wo das mehr gedachte Privilegium des Erbegeldes ganz unbekannt ist, und ich möchte wohl behaupten, daß die Zahl derjenigen deutschen Länder, wo man von diesem Privilegium nichts weiß, ohnweit größer ist, als derer, wo das Erbegeld desselben genießt. Will man aber ein Vorrecht beym Concurse aus einem allgemeinen Gerichtsbrauch ableiten, so muß sich doch wenigstens eine Uebereinstimmung in Ansehung dieses Puncts entweder in allen, oder doch in den meisten deutschen Provinzen verweisen lassen, welches hier aber offenbar nicht der Fall ist.

Mit allen Fug können wir daher den Satz behaupten: Das Erbegeld genießt nach gemeinen deutschen Rechten keines Vorzugs in der ersten Classe beym Concurse, wenn ihm dasselbe nicht durch besondere Landesgesetze beygelegt worden, oder in einem Lande das Herkommen solches begründet.

42) Ver-

42) Vergleiche Walch a. a. O. §. XXI., wo verschiedene Landesgesetze angeführt werden, welche dem Erbegelde dieses Privilegium zueignen.

43) Verschiedene Rechtslehrer, z. B. MARTINI in processu. T. 42. §. 8. *nr.* 1. und HAHN ad WESEMB. tit. de privil. Creditor. *nr.* 2. halten daher auch dies Privilegium des Erbegeldes für bloßes Sachsenrecht.

§. 225.

Von der Art und Weise, wie die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe geschieht.

Wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger dieser Classe nicht hinreichend ist, so entsteht die Frage: wie in Ermangelung besonderer Landesgesetze die Bezahlung geschehen müsse? Von Balthasar [44]) unterscheidet bey der Concurrenz der Gläubiger in dieser Classe drey Fälle, nemlich I. wo die Concurrenz blos Gläubiger, die aus verschiedenen Gründen Ansprüche an den Schuldner machen, betrifft, z. B. die, welche etwas als Leichenkosten zu fordern haben, Dienstbothen wegen ihres Liedlohns ꝛc. Hier behauptet er, müsse die Befriedigung nach der Ordnung geschehen, wie sie auf einander folgen. II. Wo die Concurrenz Gläubiger betrifft, die aus ein und eben demselben Grunde Ansprüche an den Schuldner machen, z. B. mehrere Leichengläubiger, oder mehrere Dienstbothen. Hier glaubt er, müsse bey der Befriedigung auf die Erstigkeit der Zeit Rücksicht genommen werden. Endlich III. wo sich die Concurrenz unter mehreren in diese Classe gehörigen Gläubigern ereignet, welche aus ein und eben demselben Grunde zwar Anspruch an den Schuldner machen, einer oder der andere aber seiner Forderung eine größere Bestärkung hat geben lassen, z. B. solche mit einem Pfandrechte ꝛc. verstehen ließ. Hier ist er der Meinung, daß dieser den andern, die dergleichen nicht aufweisen können, vorgezogen werden müsse. Nicht so genau hat

Gme-

Gmelin [45]) diesen Punct bestimmt. Er meint, wenn Gläubiger von einer Art und Ordnung zusammen kämen, so müssen sie nach der Regel gleich nach dem Verhältniß ihrer Forderungen befriediget werden, jedoch bey denjenigen Forderungen, deren Vorzug zugleich mit einem Unterpfand verknüpft wäre, sey der Vorzug der Zeit zu beobachten. Andere Rechtslehrer [46]) wollen unter den Gläubigern dieser Classe, wenn sie gleich mit einem Unterpfand versehen sind, niemals auf die Zeit Rücksicht genommen wissen.

Ich bin der Meinung, daß wenn das schuldnerische Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger dieser Classe nicht zureicht, alsdann zuvörderst die Leichenkosten bezahlt, die übrigen in diese Classe gehörigen Gläubiger aber pro rata befriediget werden müssen. Daß die Leichenkosten vor allen bezahlt werden sollen, ist zwar ausdrücklich in den Gesetzen verordnet worden; allein der Vorzug einer der andern Forderungen in dieser Classe läßt sich auf keinem Fall erweisen. Bey der Bezahlung der Leichenkosten im Fall der Concurrenz mehrerer Gläubiger, die solche zu fordern haben, und der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens, muß es pro rata gehen. Ueberhaupt kann, der Natur der Sache nach, in dieser Classe so wenig ein Pfandrecht als die Erstigkeit der Zeit in Betrachtung kommen.

44) In Collat. Iuris commun. cum Iure Saxon. Lübecenſ. etc. qua claſſificationem creditorum in concurſu. *p.* 46.

45) In der Ordnung der Gläubiger. S. 142.

46) HARPRECHT in Conſil. Tübingenſ. *C.* 69. *nr.* 71. *ſeq.*

Zwey-

Zweyte Classe,
welche die mit einem privilegirten Unterpfand versehenen Gläubiger enthält.

§. 226.
Begriff eines mit einem privilegirten Unterpfand versehenen Gläubigers.

Die zweyte Classe enthält die mit einem privilegirten Unterpfand versehenen Gläubiger. Ich verstehe darunter solche Pfandgläubiger, deren Pfandrecht das Privilegium ertheilt worden, daß sie allen andern Pfandgläubigern vorgezogen werden müssen, wenn auch diese gleich ein älteres oder öffentliches Pfandrecht erhalten haben sollten. Da sich ein solches privilegirtes Unterpfand ohne ein Gesetz nicht gedenken läßt, welches entweder geradezu, oder unter gewissen Umständen einer Forderung solches beylegt, und kein Gläubiger sich ein Unterpfand dieser Art mit einiger Wirkung gegen die übrigen Gläubiger ausbedingen kann, so müssen alle diejenigen Gläubiger, welche in dieser Classe ihre Befriedigung entgegen nehmen wollen, nicht nur ihre Forderung selbst, sondern auch jene von den Gesetzen erforderte Eigenschaften und Umstände erweisen, unter welchen dieselbe nur eines privilegirten Pfandrechts genießt. Giebt daher gleich das Gesetz einem Gläubiger ein einfaches Privilegium, und ein einfaches Unterpfand, oder bedingt sich ein Gläubiger, der ein einfaches Privilegium hat, auch zugleich ein ausdrückliches Pfandrecht aus, oder läßt sich endlich ein Gläubiger, der ein stillschweigendes einfaches Unterpfand hat, noch obendrein mit einem ausdrücklichen öffentlichen versehen, so bewirkt alles dieses in Ansehung seiner ein privilegirtes Unterpfand, und eignet ihm keinen Platz in der zweyten Classe zu [47]).

47) Emelin Ordnung der Gläubiger. S. 146.

§. 227.

Von den privilegirten Pfandgläubigern selbst.

1) Der Kriegsfiscus.

Betrachten wir nach dieser Vorauffendung die privilegirten Pfandgläubiger selbst, welche in dieser Classe befriediget werden müssen, so biethet sich uns nach dem römischen Recht zuerst der Kriegsfiscus wegen der Primipilar-Schuld dar. Es wird nöthig seyn, sowohl in die Natur und Eigenschaft dieser Schuld, als auch in das derselben beygelegte privilegirte Unterpfand etwas genauer einzudringen, um davon desto füglicher auf die heutigen Zeiten Anwendung machen zu können.

Unter einem Primipil (PRIMIPILUS) wurde in den neuern Zeiten [48]) bey den Römern diejenige Person verstanden, welche die Vertheilung des Getreides, oder des Proviants überhaupt (ANNONA) [49]) zur Pflicht hatte [50]). Unterließ er diese Austheilung, so konnten die Soldaten sich an den Kriegsfiscus wenden, und von demselben, welcher für die Handlungen seines Administrators haften mußte, die Austheilung verlangen, welchem dagegen der Regreß an den Primipil vorbehalten blieb [51]). Das was nun der Kriegsfiscus wegen dieses Regresses von dem Primipil wegen nicht ausgetheilten Getreides verlangen konnte, wurde Primipilar-Schuld (DEBITUM PRIMIPILARE) genannt.

Wegen der Primipilar-Schuld genießt der Kriegs-Fiscus nicht nur ein stillschweigendes Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Primipils [52]), sondern es ist auch diesem Pfandrecht das Privilegium ertheilt, daß der Kriegsfiscus vermöge desselben allen übrigen Gläubigern, selbst der wegen ihres Brautschatzes sonst noch so sehr bevorzügten Ehefrau des Schuldners vorgezogen werden muß. Utilitas publica, rescribiren die Kaiser Diocle-

tian und Maximin im *L.* 3. *C. de primipil.*, praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit, fisco satisfactum esse, ob causam primipili poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit [53]). Außer andern ältern Rechtslehrern [54]), hat noch in neuern Zeiten Johann August Hellfeldt [55]), dieses Vorzugsrecht des Fiscus zu bestreiten gesucht. Aus den Gesetzen, sagt er, welche man zum Erweise dieses fiscalischen privilegirten Pfandrechts anzuführen pflegt, und welche alle antejustinianeisches Recht enthalten, folgt dasselbe nicht, sondern nur blos so viel, daß der Fiscus wegen der Primipilar-Schuld dem Brautschatz der Ehefrau vorgezogen werden soll. Dies ist aber ganz natürlich, denn die Weiber hatten vor Justinian wegen ihres Brautschatzes kein privilegirtes Unterpfand in dem Vermögen ihres Ehemannes, sondern blos ein persönliches Privilegium. Nun ist es aber bekannt, daß auch das schlechteste Pfandrecht einem blos persönlich privilegirten Gläubiger vorgezogen werden muß, und daher enthält jene Entscheidung, daß der Fiscus wegen der Primipilar-Schuld, der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes vorgezogen werden soll, nichts neues, sondern vielmehr nur eine Anwendung eines allgemein bekannten Satzes auf einen speciellen Fall. Da Justinian dem Brautschatz im *L.* 12. *C. qui pot. in pignor.* ein privilegirtes Unterpfand verliehen hat, so fällt der Vorzug der Primipilar-Schuld vor dem Brautschatz nun von selbst dahin.

48) Vergleiche LIVIUS *L. VII. Cap. XLI.* Sehr gut hat über die Entstehung dieser Benennung sowohl, als über das Amt eines Primipils commentirt *Carl Adolph* BRAUN de debito primipilari. *Erlang.* 1753. §. 2. und folg.

49) Daß das Wort annona wenigstens hier nicht blos Getreide, sondern auch überhaupt den Proviant, oder Lebensmittel für die Soldaten unter sich begreift, leuchtet aus der Vergleichung mehrerer römischen Gesetze deutlich hervor,

z. B. aus dem *L.* 1. *C. de erogat. militaris annon.* und *L.* 3. *C. de cohortal.*

50) *L.* 6. *C. Theodos. de Cohortal. Iac. Gothofr.* PANZIROLI notitia dignitat. imperii orientis. *Cap. XXI. T. VII.* Thesauri Graeviani.

51) Dieser Behauptung scheint zwar *L.* 6. *C. de erogat. annon. milit.* entgegen zu stehen, nach welchem die Soldaten, welche die annona beym Primipil stehen lassen, solche verlieren sollen, allein das Gesetz ist, wie Braun a. a. O. *§. V.* sehr gut gezeigt hat, unter mancherley Einschränkungen zu verstehen.

52) *L.* 1. *C. de privil. fisci*, und *arg. L.* 46. *§.* 2. *D. de Iure fisci L.* 1. und 2. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.*

53) Außer diesem Gesetz beruft man sich noch zum Erweise des privilegirten Pfandrechts des Kriegsfiscus auf *L.* 4. *C. in quibus caus. pign.* etc. und *L.* 1. *C. de condict. ex lege.* Allein beyde Gesetze erweisen solches nicht, obwohl man sich ihrer immer zur Unterstützung bedienen kann.

54) Unter mehrern will ich nur hier Voet ad Pandect. *Libr.* XX. *T.* 4. *§.* 22. nahmhaft machen. Eine reiche Nachlese findet man bey Braun a. a. O.

55) In der Dissertation de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis in seinen Opuscul. *Nr.* X.

§. 228.

Fortsetzung.

So scheinbar auch Hellfeldts Gründe beym ersten Anblick immer seyn mögen, so wenig Gewicht haben sie doch, wenn man alles gehörig in Betrachtung zieht, was bey der Prüfung dieses Vorrechts des Kriegsfiscus in Betrachtung gezogen werden muß. Da wir als ausgemacht annehmen können, daß dem Kriegsfiscus wegen der Primipilar-Schuld in dem Vermögen des Primipils ein stillschweigendes allgemeines Pfandrecht zuständig sey, so kommt nur alles darauf an, daß bewiesen werde, dies Pfandrecht sey ein sogenanntes privilegirtes. Dieser Beweis muß nun, da es an ausdrücklichen Gesetzen fehlt,

theils

theils aus dem *L.* 3. *C. de primipil.*, theils aus andern Gesetzen, die von der Primipilar-Schuld reden, geführt werden.

Vorerst ist nach den Gesetzen die Primipilar-Schuld so privilegirt, daß dem Kriegsfiscus dafür außer dem Schuldner nicht nur dessen Kinder, selbst auch dann, wenn sie nicht einmal Erben ihres Vaters sind [56]), sondern auch sogar die Ehefrau mit ihrem Brautschatz gewissermaßen verhaftet ist [57]). Dies hat Justinian nirgends aufgehoben, wenn er auch gleich den Brautschatz noch so sehr privilegirt, und die Gläubiger anweist, sich nicht an das Vermögen der Ehefrau, sondern an das des Schuldners selbst zu halten [58]). Der Grund nemlich utilitas publica, warum diese Anordnungen zu Gunsten des Kriegsfiscus gemacht wurden, war viel zu wichtig, nur zu sehr vom Justinian selbst anerkannt, als daß wir seine so generelle Verordnung von den Rechten des Brautschatzes, auch als eine Beeinträchtigung der Rechte des Kriegsfiscus, wenigstens in dieser Hinsicht, ansehen könnten. Denn hätte er dies gewollt, so würde er gewiß die Privilegien desselben, in so ferne der Brautschatz dadurch gekränkt wurde, zurückgenommen haben. Ferner zweytens wird dem Kriegsfiscus sogar wegen der Primipilar-Schuld, wenn der Primipil verarmt ist, das Recht zugesprochen, die Schuldner des Primipils zu belangen, daß sie die Schuld, womit sie dem Primipil verhaftet waren, noch eher, als sie fällig geworden, entrichten sollen [59]), um desto geschwinder zu dem Seinigen zu gelangen. Sowohl diese gesetzliche Verordnung, als die, daß sogar die Kinder des Primipils, wenn sie auch nicht seine Erben geworden sind, und selbst gewissermaßen der Brautschatz für die Primipilar-Schuld haften sollen, zeigen wichtige Vorrechte derselben an, und berechtigen zu der Vermuthung, daß der Kriegsfiscus wirklich eines solchen privilegirten Unterpfands genossen habe. Allein wir lassen alle Vermuthungen, denn

deutlich zeigt drittens *L.* 3. *C. de primip.* dieses privilegirte Unterpfandsrecht des Kriegsfiscus an. Zugegeben auch, daß der Ehefrau vor Justinian wegen ihres Brautschatzes ein blos persönliches Privilegium zugestanden habe, so bleibt es doch allemahl ausgemacht, daß in dem, in dem angeführten Gesetz vorkommenden Fall, eines derselben, des Brautschatzes halber zustehenden Pfandrechts gedacht wird, es rühre nun solches her, woher es wolle. Denn wie ist es möglich, dieses in den Worten des Gesetzes: poteris OBLIGATAM TIBI POSSESSIONEM dotis titulo petere, zu verkennen, wenn man das Gesetz in seinem ganzen Zusammenhang richtig interpretiren will. Und will man Hellfeldts Auslegung hier annehmen — wozu denn eine Entscheidung in einer Angelegenheit, die sich schon von selbst ergab? Denn wie konnte wohl auch nur darüber eine Frage entstehen: ob jemand, der mit einem Pfandrechte versehen wäre, einem blos persönlich privilegirten Gläubiger vorgezogen werden müßte? Wird nun aber das Pfandrecht des Kriegsfiscus blos aus dem Grunde, weil es ein Pfandrecht desselben ist, dem der Ehefrau vorgezogen, so liegt es klar am Tage, daß es ein privilegirtes Pfandrecht seyn muß, weil sich sonst unmöglich nach der Rangordnung der Hypotheken eine solche Entscheidung würde haben treffen lassen. Ob der Kriegsfiscus, wegen dieses privilegirten Unterpfandes, der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes, auch noch heutiges Tages, nachdem demselben vom Kaiser Justinian so ansehnliche Vorrechte sind beygelegt worden, vorgezogen werden müsse? werde ich weiter unten untersuchen, wenn ich von der Befriedigung der in diese Classe gehörigen Gläubiger selbst handeln werde. Hier kam es mir nur darauf an, das privilegirte Unterpfand desselben zu erweisen.

56) *L. ult. C. de primipil.:* cum ex sola primipili causa liberos, etiamsi patribus heredes non existant, teneri Divus Aurelianus sanxerit.

57) *L.*

57) *L. 4. C. de primipil.*

58) *L. 12. C. qui potior. in pignor.*

59) *L. 1. C. de condict. ex lege.* Vergleiche Braun a. a. O. *§. XVI.*, welcher sehr gut über den wahren Sinn dieses Gesetzes commentirt hat.

60) Meiner Behauptung pflichten, außer dem mehrmahls angeführten Braun, auch Henne de iure fisci et hypotheca tacita fisco in bonis administratorum rerum fiscalium competente. §. 16. und Gmelin in der Ordnung der Gläubiger S. 147. bey. Anderer Rechtslehrer zu geschweigen.

§. 229.

Fortsetzung.

Nun zur Anwendung dieser Römischen Grundsätze auf unsere heutige Verfassung. Es ist außer allem Streit, daß das, was in den römischen Gesetzen von dem Kriegsfiscus, den Primipilen, und der Primipilar-Schuld enthalten ist, noch heutiges Tages auf die Kriegscasse, ihre Verwalter, die Proviant-Commissarien und Proviantmeister, und das, womit diese der Kriegscasse aus ihrer Administration verhaftet werden, angewendet werden kann, und in dieser Rücksicht auch der Kriegscasse ein stillschweigendes privilegirtes Unterpfand zukommen muß [61]). Nur muß man sich in Acht nehmen, daß man bey der Anwendung dieser römischen Grundsätze auf unsere heutige Verfassung, ja nicht die Grenzen einer richtigen Analogie überschreite. Denn sollte z. B. jemand der Kriegscasse etwas aus einer Anleihe, Kauf- oder anderem Contract schuldigen, so würde gewiß von diesem privilegirten Unterpfand kein Gebrauch zu machen seyn [62]). Denn so wie bey den Römern der Anspruch des Kriegsfiscus an den Primipil, aus der unterlassenen Vertheilung des Proviants herrühren mußte, wenn es des privilegirten Unterpfands genießen wollte, eben so kann auch dieses nur heutiges Tages in Ansehung der Kriegscasse der Fall seyn, und

darf das privilegirte Unterpfand durchaus nicht auf andere Forderung derselben ausgedehnt werden. Am allerwenigsten findet eine solche Ausdehnung auf die Forderung des Fiscus überhaupt, an seine Verwalter, aus ihrer geführten Administration statt. Ob die andern, dem Kriegsfiscus bey den Römern zuständigen Privilegien, außer dem privilegirten Unterpfand, noch heutiges Tages der Kriegscasse ebenfalls gestattet werden müssen, ist unter den Rechtslehrern streitig [63]). Uns genügt es, die Anwendung von dem privilegirten Unterpfand gezeigt zu haben.

61) Gmelin a. a. O. S. 148.

62) BERGER Responsor. *P.* 1. *R.* 246.

63) Siehe Braun a. a. O. §. *XVIII.*

§. 230.

2) Derjenige, welcher in restitutionem aedium Geld angeliehen.

Außer dem Kriegsfiscus genießt ferner

2) nach dem römischen Recht derjenige eines privilegirten Unterpfands, welcher IN RESTITUTIONEM AEDIUM Geld angeliehen hat, und muß daher allerdings auch in der zweyten Classe seine Befriedigung erhalten. Es wird uns im mindesten nicht von unserem Zweck entfernen, wenn wir in kurzem [64]) von dem Ursprung und den Fortschritten des, den in restitutionem aedium creditirten Geldern, im römischen Recht beygelegten Privilegiums überhaupt, und dessen wahrer Natur und Eigenschaft handeln, vielmehr setzt uns solches in den Stand, desto besser über den heutigen Gebrauch desselben urtheilen zu können.

Wer je die römische Gesetzgebung von ihrer Kindheit an, bis zu ihrer höchsten Vollkommenheit, nur mit einem flüchtigen Blick durchwandert, wird finden, wie sehr es dem römischen Volk am Herzen lag, den Glanz

der

der Hauptstadt zu erhalten, und zu verhüten, daß solche weder durch wüste und ruinöse Gebäude, noch sonst verunstaltet werden möchte. Daher die merkwürdige Decemviral-Sanction de Tigno iuncto, deren Paulus im *L.* 98. *D. de solut.* und *L.* 23. *§.* 6. *D. de rei vindicat.* Ulpian im *L.* 1. *D. de Tigno iuncto*, und Justinian *§.* 29. *I. de rer. divis.* gedenkt. Daher unzählige andere Anordnungen, sowohl der Gesetzgeber als Prätoren, die auf die Erhaltung des Glanzes der Stadt Rom abzweckten. Wem ist wohl das Claudianische Senatus-Consult unbekannt, durch welches die Verbauung alter Materialien in neuen Gebäuden so ernstlich untersagt wurde, und welches durch mehrere kaiserliche Constitutionen, nicht nur in der Folge bestätiget, sondern auch so nachdrücklich zur Befolgung eingeschärft wurde [65]).

Mehr als seine Vorgänger war Marc Aurel Antonin mit dem Zunahmen Philosophus auf den Glanz der Stadt Rom, und vorzüglich darauf bedacht, daß dieselbe nicht durch ruinöse Gebäude verunstaltet werden möchte. Er versprach nicht nur denjenigen, welche niederliegende Gebäude herstellen würden, gewissermaßen das Eigenthum davon, sondern damit es ihnen auch nicht an Unterstützung bey diesem ihren Unternehmen fehlen möchte, so legte er demjenigen, welcher dazu Geld herschießen würde, wichtige Vorrechte bey, die wir zusammengenommen das Privilegium dieses Geldes nennen wollen. Es sey mir erlaubt, die Stellen in dem römischen Rechtskörper, worin dieser Verfügungen, wodurch sich Marc Aurel so verdient um Rom machte, Erwähnung geschieht, hier wörtlich herzusetzen, um mich hernach desto besser über die Sache verbreiten zu können. *L.* 52. *§.* 10. *D. pro socio.* Item respondit socius, qui cessantis cessantiumque portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quatuor menses postquam opus refectum erit, recipere potest, exigendoque privilegio utetur; aut deinceps propriam rem habebit,

poteſt tamen pro ſocio agere ad hoc ut conſequatur quod ſua intererat. Finge enim, malle eum magis ſuum conſequi, quam dominium inſulae: *oratio* enim *Divi Marci* idcirco quatuor menſibus finit uſuras, qua poſt quatuor dominium dedit.

L. 1. *D. in quib. cauſſ. pignus.* *Senatus conſulto* quod ſub *Marco Imperatore* factum eſt, *pignus inſulae creditori datum*, qui pecuniam ob reſtitutionem aedificii exſtruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante nummos miniſtravit. *L.* 24. *D.* §. 1. *de reb. auct. iudic. poſſid.* *Divus Marcus* ita edixit: creditor qui ob reſtitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, *privilegium exigendi habebit*, quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam ſubminiſtravit. Mit dieſem letztern Geſetz iſt auch noch *L.* 25. *D. de reb. credit.* und *L.* 1. *D. de ceſſ. bonor.* zu verbinden, die ein gleiches beſtätigen.

64) Eine weitläuftige Ausführung dieſer Materie findet ſich in der vortrefflichen Abhandlung des H. G. J. R. Walchs de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae. *Ien.* 1771. der ich hier größtentheils gefolgt bin.

65) *Io. Aug.* BACH hiſtoria Iurisprudentiae Romanae. *Libr.* 3. *C.* 1. §. 18. Walch a. a. O. §. 2.

§. 231.

Fortſetzung.

Alle dieſe Geſetze haben zwar das übereinſtimmende, daß Marc Aurel als der Urheber derſelben darin genannt wird; allein in Rückſicht auf die darin enthaltenen Verfügungen, fällt dieſes übereinſtimmende weg, und es ergiebt ſich beym erſten Anblick, daß dem, welcher in reſtitutionem aedium Geld vorgeſchoſſen hat, darin mehr denn ein Privilegium beygelegt wird. Ohne mich über die Zeit, worin dieſe Geſetzgebung fällt, und über

die

die Veranlassung dazu [66]) erst weitläuftig zu verbreiten, bemerke ich nur, daß es durchaus zwey verschiedene, und in einen verschiedenen Zeitraum fallende Verfügungen des Marc Aurels seyn müssen, welche zu Gunsten derjenigen, die in restitutionum aedium Geld vorstrecken, sind erlassen worden. Erstens hat Marc Aurel nach Ulpians Zeugniß dem Gläubiger, der in restitutionem aedium creditirt hatte, durch ein Edict das privilegium exigendi verliehen. Dann zweytens ist nach Papinian einem solchen Gläubiger durch ein auf den Vortrag des Marc Aurel erlassenes Senatus-Consult ein Unterpfand wegen seines Vorschusses beygelegt worden [67]). So ohnstreitig gewiß dieses ist, eben so wenig ist es einem Zweifel unterworfen, daß das dem Gläubiger, der in restitutionem aedium Geld vorgeschossen hatte, beygelegte privilegium exigendi, älter, als das demselben zugeeignete Pfandrecht ist. Denn hätte derselbe bereits ein Pfandrecht gehabt, so würde man es gewiß für überflüssig gehalten haben, ihm noch obendrein ein privilegium exigendi zu ertheilen, weil ihm jenes ohnweit mehrere Sicherheit gewährt. Marc Aurel ertheilte also durch ein Edict zuvor demjenigen, der in restitutionem aedium creditirt hatte, ein privilegium exigendi, und brachte es hernach durch seinen Vortrag im Senat dahin, daß demselben noch obendrein durch ein Senatus-Consult ein Pfandrecht verstattet wurde [68]).

Wann dieses dem Gläubiger, welcher in restitutionem aedium Geld angeliehen hatte, ertheilte Pfandrecht zu einem privilegirten erhoben worden, weiß ich nicht. Daß es aber ein privilegirtes Pfandrecht, selbst nach dem römischen Recht ist, ist ohnstreitig gewiß, indem Justinian in der Novelle 97. Cap. 3. desselben unter mehrern privilegirten Pfandrechten mit erwähnt, und es daher zugleich als ein solches bestätiget [69]).

66) Vergleiche *Io. Ordw.* WESTENBERG in divo Marco *Diss.* I. *p.* 2. *seq.*

67) Mit

67) Mit den stärksten Gründen ist dies von Walch a. a. O. §. VI. erwiesen worden. Man vergleiche auch Westphal im Pfandrecht S. 146.

68) Diese Behauptung rechtfertiget sich, wenn man die oben angeführten Gesetze genau mit einander vergleicht.

69) Novimus, heißt es hier, et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere iuniores existentes, *ex privilegiis a legibus datis*, quale est quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare; aut fabricare; aut reparare; aut DOMUM FORSAN AEDIFICARE etc. Im Original heißt es: ἢ οἰκίαν τυχὸν οἰκοδομηθῆναι. Sowohl in der Vulgata, als auch von Homberg ist solches durch: aut domum forsan aedificare übersetzt, allein die Uebersetzung ist falsch, und es heißt wirklich so viel, als domum restituere. Aber gesetzt, dies wäre auch nicht der Fall, so ist doch ohnstreitig auch dieses Creditum mit darunter begriffen.

§. 232.

Fortsetzung.

So weit von dem Ursprung und den Fortschritten dieses Privilegiums, jetzt wollen wir die wahre Eigenschaft desselben untersuchen. Marc Aurel hat nach dem Zeugniß der in dem römischen Rechtskörper vorhandenen Gesetze, das mehr erwähnte Privilegium nur denen gestattet, welche in restitutionem aedium Geld vorgeschossen haben. Soll also davon Gebrauch gemacht werden können, so müssen

I) AEDES RESTITUENDAE vorhanden seyn. Sehen wir auf die Veranlassung der Verfügungen, wodurch Marc Aurel den in restitutionem aedium creditirten Geldern so ansehnliche Vorrechte beylegte, so fällt es sogleich in die Augen, daß unter aedes, oder aedificium nicht jedes Gebäude, sondern nur ein wohnbares Gebäude verstanden werden muß [70]). Denn die Absicht Marc Aurels dabey war keine andere, als die, zu verhüten, daß in Rom keine wüste Plätze und ruinöse Gebäude angetroffen werden sollten. Noch mehr gewinnt

winnt diese Behauptung durch die sehr gegründete Vermuthung, daß Marc Aurel die mehr gedachten Verfügungen zu einer Zeit getroffen, wo durch eine Ueberschwemmung der Tiber in Rom ein großer Schade, besonders an den Gebäuden, war angerichtet worden [71]). Und wie würde auch sonst Ulpian im *L.* 1. *D. in quib. cauſ. pign.* eines pignus insulae gedenken können, welches dem Gläubiger, der in restitutionem aedificii Geld creditirte, wäre verstattet worden [72]).

So ausgemacht es mir aus der Vergleichung mit andern Stellen des römischen Gesetzbuchs zu seyn scheint [73]), daß unter restitutio aedificiorum nur eigentlich die Wiederherstellung ganz verfallener, oder zernichteter, oder unwohnbar gewordener Gebäude verstanden werden muß, so wenig bin ich doch abgeneigt, denjenigen beyzupflichten [74]), welche hier darunter nicht nur solches, sondern auch die Reparatur und Ausbesserung schadhaft gewordener Gebäude verstanden wissen wollen. Die Absicht des Marc Aurel bey jenen gesetzlichen Verfügungen rechtfertiget allerdings eine solche ausdehnende Erklärung, — nicht aber die, wenn man unter restitutio aedium auch die Erbauung eines ganz neuen Gebäudes an einem Orte, wo bisher gar kein Gebäude gestanden hatte, oder eines Gebäudes von ganz anderer Art, verstehen wollte.

70) Das Gegentheil behauptet Walch a. a. O. S. 24.

71) Vergleiche Walch a. a. O. S. 9.

72) Von diesem Worte und dessen Bedeutung wird weiter unten gehandelt werden.

73) *L.* 10. §. 1. *D. quib. modis uſusfruct. amittitur. L. ult. D. de pignor.*

74) Walch a. a. O. S. 28. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

§. 233.

Fortsetzung.

Ferner

2) muß das Geld in restitutionem aedium angeliehen seyn, wenn das mehrgedachte Privilegium statt finden soll. Uebrigens aber kommt nichts darauf an, ob es dem Eigenthümer, oder demjenigen, welcher den Bau veranstalten wollte, ist creditirt worden, oder dem Werkmeister, der aus einem Miethscontract denselben zu bewerkstelligen übernommen hatte. Sowohl nach Ulpian als Papinian in den oben angeführten Gesetzen ist es einerley, ob der Gläubiger dem dominus selbst, oder dem redemptor das Geld creditirt hat. Unter redemptor (sc. operis) wurde aber bey den Römern jede Person verstanden, die gegen einen gewissen Lohn einen Bau oder anderes Werk zu vollenden sich verpflichtete [75]), daher auch in den Basilicis [76]) der redemptor sehr richtig durch ἐργολάβος übersetzt wird. Jedoch darf ihm das Geld nicht anders, als auf ausdrücklichen Befehl des Eigenthümers des Werks (domino mandante), creditirt werden, wenn es jener Vorrechte genießen soll.

Aber noch nicht dies allein, daß das Geld in restitutionem aedium angeliehen worden, bewirkt es, daß dem Creditor das vom Marc Aurel zugesicherte Privilegium zu statten kommen kann, sondern es muß auch

3) wirklich das vorgeschossene Geld zu diesem Endzweck aufgewendet worden seyn. Hat daher der Schuldner das zur Wiederherstellung der Gebäude angeliehene Geld nur zum Theil wirklich zu diesem Zweck verwendet, so kann dem Gläubiger das mehrerwähnte Privilegium nur zum Theil, und in so weit die Verwendung geschehen ist, zu statten kommen [77]).

Von allen diesen ist der Gläubiger den Beweis zu führen schuldig, wenn er auf die vom Marc Aurel verspro-

sprochenen Vorzüge Anspruch machen will. Er muß a) beweisen, daß von ihm ausdrücklich das Geld zur Restitution eines Gebäudes creditirt worden sey, er möge nun solches durch die über die Anleihe selbst ausgestellte Handschrift, oder auf eine anderweitige Art darthun. Er muß ferner b) beweisen, daß auch dieses Geld, entweder ganz, oder zum Theil zur Wiederherstellung des Gebäudes verwendet worden, sonst wird ihm das Privilegium nicht gestattet. Es folgt hieraus, daß das zur Bezahlung der, auf einen Bau verwendeten Kosten, vorgeliehene Geld nicht hieher gehört, weil man es nicht als in restitutionem aedium creditirt ansehen kann — weil ferner auch der Grund der Gesetze nicht darauf paßt, obgleich sonst nichts daran gelegen ist, ob das zur Wiederherstellung eines Gebäudes vorgeschossene Geld creditirt wurde, wie noch mit dem Bau gar nicht angefangen war, oder bereits der Anfang gemacht war, wenn derselbe nur noch nicht ganz war vollendet worden.

Marc Aurel verstattet die mehrerwähnten und unten noch weiter auszuführenden Vorrechte, blos dem in restitutionem aedium creditirten baaren Gelde. Sowohl aus der Relation des Ulpian als des Papinian ergiebt sich dieses so deutlich, daß kein Zweifel dagegen übrig bleiben kann [78]). Unrichtig bleibt es daher allemahl, wenn man hier unter dem Ausdruck pecunia nicht nur das vorgestreckte baare Geld, sondern auch die Baumaterialien und den Arbeitslohn verstehen will [79]), indem auch die uneigentlichste Bedeutung des Worts pecunia, welche im römischen Recht vorkommt, diese Ausdehnung nicht rechtfertigen kann, zu geschweigen, daß hier noch überdem von einem Privilegium die Rede ist [80]).

75) *Barnab.* BRISSONIUS de verbor. signif. *Lib. XVI. p.* 1179.

76) *L. XXV. T.* 3. §. 1.

77) Walch a. a. O. §. 7.

78) Im

78) Im *L.* 1. *D. in quib. cauſ. pignus* heißt es ausdrücklich: qui redemptori domino mandante NUMMOS miniſtravit.

79) Eine ſolche Ausdehnung nimmt *Fr. Eſ.* PUFFENDORF in obſervat. iur. univerſ. *Tom. II. Obſ. CLXX. p.* 541. und Walch a. a. O. §. 6. an.

80) *Sept. Flor.* RIVINUS in enunciat. iuris. *Tit. XLIII. p.* 1547. *Georg Ludw.* BOEHMER de iure merced. opificum in concurſu creditorum. in Elect. Iur. Civil. *T. I. Ex. XII. p.* 393. *ſeq.*

§. 234.

Fortſetzung.

Zwiefach iſt das Privilegium, das Marc Aurel dem in reſtitutionem aedium creditirten Gelde beylegte. — Ein privilegium exigendi, und ein privilegirtes Pfandrecht. Wir wollen uns zuerſt mit dem Pfandrechte bekannt machen.

Die Natur und Eigenſchaft dieſes Pfandrechts lehrt uns Papinian im *L.* 1. *D. in quib. cauſ. pign.* in den Worten: pignus INSULAE creditori datum. Unrichtig iſt dieſes Pfandrecht in den Baſilicis [81]) angegeben, wo es heißt: *ὀδανειζων εἰς ἀνανέωσεν οἴκου ἢ κατὰ ἐντολὴν τοῦ δεσπότου χορηγῶν τῶ ἐργολαβῶ ἔχει τὸν οἶκον ὑποκειμενον* (qui pecuniam mutuam dedit ad reſtitutionem domus vel domino mandante redemtor miniſtravit, domum obligatam habet). Der Ausdruck — INSULA bedeutet hier nicht nur das Gebäude ſelbſt, zu deſſen Wiederherſtellung das Geld war creditirt worden, ſondern auch den ganzen Umfang des Grund und Bodens, worauf daſſelbe belegen iſt, und welcher dazu gehört. Denn wird gleich unter dem Ausdruck Inſula in andern Stellen des römiſchen Rechts bald ein Gebäude, bald der Platz allein verſtanden, worauf das Gebäude belegen iſt, ſo rechtfertiget ſich doch dieſe Erklärung ſehr gut,

wenn

wenn man sowohl auf die Entstehung dieses Pfandrechts Rücksicht nimmt, als auf den Begriff, den Papinian selbst im *L.* 91. *§. ult. D. de legat.* 3. mit dem Worte — Insula verbindet.

Nun noch kürzlich zum privilegium exigendi, dessen Ulpian in den oben angeführten Stellen erwähnt. Daß darunter weiter nichts, als ein blos persönliches Privilegium verstanden, und demjenigen, welcher in restitutionem aedium creditirt hat, ein Platz unter den persönlich privilegirten Gläubigern angewiesen wird, leuchtet aus allen sogleich hervor. Und auch dieses Privilegium gewährt noch heutiges Tages dem Gläubiger seinen großen Nutzen, wenn er aus dem Gegenstand seines Pfandrechts nicht befriediget werden kann [82]). (Vergleiche die vierte Classe.)

81) a. a. O.

82) Walch a. a. O. §. XI.

§. 235.

Fortsetzung.

Daß das, was im römischen Recht, von dem in restitutionem aedium creditirten Gelde angeordnet worden, noch heutiges Tages allerdings Anwendung finde, leidet um so weniger einen Zweifel, als das ganze römische Recht bey uns wie ein subsidiarisches Recht aufgenommen worden, diese Anordnungen nichts enthalten, was nicht auf unsern gegenwärtigen Zustand passen sollte, und kein denselben derogirendes Gesetz vorhanden ist [83]). Freylich ließen sich dagegen noch manche Zweifel machen, wenn man sich an die Veranlassung, und den Grund jener römischen Verordnungen strenge halten wollte, die blos die Erhaltung der Schönheit der Hauptstadt zum Zweck hatten. Allein es geschieht dieses Grundes nun einmal in unserem römischen Rechtskörper keine Erwähnung, sondern was darin enthalten ist, ist

die dürre Relation von einem Privilegium, welches denen verliehen worden, die in restitutionem aedium creditirt haben. Nur daran zweifle ich noch immer recht sehr: ob dieses Privilegium so allgemein ausgedehnt, und von der Wiederherstellung eines jedweden Hauses oder Gebäudes verstanden werden kann, als es heut zu Tage geschieht? Denn aller Analogie nach, würde es doch nur blos auf Häuser in den Städten angewendet werden können, worauf auch nur das verstattete Pfandrecht paßt.

Das mehrgedachte und nach Justinians Relation in der Novelle 197. privilegirte Pfandrecht, steht dem Gläubiger beym Concurse immerhin zu, und verschafft ihm seine Befriedigung in der zweyten Classe, vorausgesetzt, daß nur das Haus, zu dessen Wiederherstellung das Geld war angeliehen worden, noch vorhanden ist. Sollte dieses bereits niedergefallen, oder verbrannt seyn, so hat nach der richtigern Meinung das Privilegium ebenfalls ein Ende, weil nun der Grund wegfällt, aus welchem die Gesetze solches nur gestatten [84]).

83) In vielen besondern Landesgesetzen ist dies Privilegium noch zum Ueberfluß bestätiget und näher bestimmt worden. Vergleiche Gmelin in der Ordnung der Gläubiger S. 150. f. Walch a. a. O. S. 48. f. Den gemeinen Gerichtsbrauch bestätigen außer den angeführten Rechtslehrern noch vorzüglich Leyser in Medit. ad Pandect. *Spec.* 482. *M.* 2. *p.* 510. und Puffendorf in Obs. iur. universi. *T.* 3. *Obs.* 194.

84) Walch a. a. O. S. 46. Die Disposition der *L.* 21. *D. de pign. act.* und *L.* 29. *§. pen. D. de pign.* ist hier nicht anzuwenden.

§. 236.

3) Diejenigen, welche zum Ankauf eines Grundstücks Geld vorgeliehen haben.

Ferner gehören auch zu den privilegirten Pfandgläubigern und nehmen daher einen Platz in der zweyten Classe ein,

3) die-

3) diejenigen, welche zum Ankauf eines Grundstücks Geld angeliehen, und sich ausdrücklich ein Pfandrecht daran bedungen haben [85]). Licet (rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximinian im *L. 7. C. qui potior. in pignor.*) iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, *tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter* [*obligatum*] STATIM *convenit*, OMNIBUS ANTEFERRI juris auctoritate declaratur. Nach dem Sinn dieses Gesetzes wird dazu, daß der Gläubiger auf ein privilegirtes Pfandrecht Anspruch machen kann, 1) erfordert, daß das Geld ausdrücklich zum Kauf angeliehen worden. Uebrigens aber kommt nichts darauf an, ob die Anleihe vor, oder nach abgeschlossenem Kaufcontract geschehen ist, nur muß die Sache dem Käufer noch nicht übergeben worden seyn [86]). So viel ist ohnstreitig gewiß, daß wenn der Gläubiger das Geld nicht ausdrücklich zum Ankauf creditirt hat, er auf ein privilegirtes Pfandrecht keinen Anspruch machen könne, wenn auch der Schuldner mit diesem Gelde hernach gleich den Ankauf bestritten, und die erkaufte Sache seinem Gläubiger verpfändet hatte. 2) Muß das angeliehene Geld auch wirklich auf den Ankauf verwendet worden seyn, welches der Gläubiger daher im Zweifel zu beweisen schuldig ist. 3) Muß die angekaufte Sache ein praedium seyn, worunter nach einer richtigen Erklärung des Gesetzes nicht jede unbewegliche Sache, sondern blos ein Grundstück verstanden werden kann [87]). 4) Endlich muß dem Gläubiger eine Special-Hypothek an dem erkauften Prädium, und zwar gleich bey dem Ankauf, oder der Anleihe (statim) verstattet worden seyn [88]). Uebrigens erlöscht das Pfandrecht und mit demselben auch das ihm ertheilte Privilegium mit dem Untergang des Prädiums [89]).

85) *Ib.*

85) *Io. Christoph* KOCH de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. *Gieſſ.* 1782.

86) Koch a. a. O. §. XIII.

87) Das Gegentheil behauptet Koch a. a. O.

88) Ernſt Chriſt. Weſtphal im Pfandrecht S. 232.

89) LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 485. *nr.* 3.

§. 237.

Ingleichen 4) überhaupt diejenigen, welche zur Erkaufung oder Erhaltung einer Sache Geld hergeſchoſſen haben.

Da es ſich aus der Vergleichung mehrerer römiſchen Geſetze [90]) offenbar ergiebt, daß überhaupt alle diejenigen eines privilegirten Unterpfandes theilhaftig ſeyn ſollen, welche zum Ankauf oder zur nothwendigen Erhaltung einer Sache Geld angeliehen, und ſich dabey an dieſer Sache ein Pfandrecht ausbedungen haben, ſo müſſen auch dieſe 4) in der zweyten Claſſe beym Concurſe ihre Befriedigung erhalten. Das Vorzugsrecht dieſer Hypotheken iſt, wie Herr G. J. R. Weſtphal [91]) ſehr richtig erinnert, darin zu ſuchen, weil ſonſt andere Gläubiger das Vermögen eines ſolchen Gläubigers an ſich ziehen würden, und ſie es dieſem Gläubiger blos zu verdanken haben, daß durch ihn und mit ſeinem Gelde die Sache, welche der Gegenſtand des Pfandrechts iſt, entweder erworben oder erhalten worden. Nach gleichen Grundſätzen muß auch a) der Verkäufer beurtheilet werden, welcher ſich auf die von ihm verkaufte Sache bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes eine Hypothek vorbehalten hat [92]); imgleichen b) der Alimentheber, welcher ſein Vermögen dem Alimentgeber und Schuldner gegen Verabreichung jährlicher Alimenten unter ausdrücklichen Vorbehalt eines Unterpfands überlaſſen hat [93]). — Und wegen der Allgemeinheit jenes oben erwähnten, ausdrück-

drücklich in den Gesetzen anerkannten Grundes muß auch derjenige hier befriediget werden, der zur Erbauung eines Hauses Geld hergeschossen, und sich daran ein Unterpfand bedungen hat [94]).

90) *L. 5. D. qui pot. in pign. L. 6. eod. Nov. 97. C. 3.* Vergleiche auch Westphal a. c. O. S. 228.

91) a. a. O.

92) Joh. Ludwig Schmidt von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. 2. Abtheil. §. 50.

93) Schmidt a. a. O. §. 76. Ein solches vorbehaltenes Pfandrecht ist auch alsdann anzunehmen, wenn der Alimentheber seine Güter dem Schuldner in der Maße überlassen hat, daß dieser ihm die Alimente aus selbigen reichen soll. Vergleiche Adolph Dieterich Weber Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht. Wismar und Bützow 1783.

94) Das Gegentheil behauptet Gmelin in der Ordnung der Gläubiger. S. 163. Ueberhaupt weiß ich sehr wohl, wie viele Einwürfe man gegen diese ausdehnende Erklärung der Gesetze macht, und daß man insbesondere den Justinian in der Novelle 97. Cap 3. großer Irrthümer beschuldigt. Allein man halte nur das, was in der Novelle gesagt wird, mit andern Gesetzen zusammen, und man wird finden, daß Justinian sich nicht irrte. Daß ich übrigens das privilegirte Pfandrecht dieser Personen, auch nur unter der im §. 233. enthaltenen Einschränkung annehme, versteht sich von selbst.

§. 238.

5) Die Ehefrau wegen ihres Heirathsguths.

In die zweyte Classe gehört ferner

5) Die Ehefrau wegen ihres Brautschatzes, dessen Vermehrung, und der von dem Dotalvermögen nach erfolgter Trennung der Ehe erhobenen Nutzungen, und den erschienenen Zinsen. Befindet sich das Heirathsguth noch in Natur unter dem Vermögen des Mannes, so

hat die Ehefrau sowohl als ihr Erbe, wie §. 22. gezeigt worden, das Vindicationsrecht. Außerdem aber muß sie sich mit einer stillschweigenden privilegirten Hypothek nach *L.* 12. *C. qui potior. in pignor.* begnügen, welche ihr jedoch auch in Ansehung des augmenti dotis, vorausgesetzt, daß sie solches nur nicht betrüglicher Weise zum Nachtheil der andern Creditoren bezogen hat [95], und der von dem Brautschatz nach erfolgter Trennung der Ehe erhobenen Nutzungen, und erschienenen Zinsen [96] zu statten kommt.

So ohnstreitig gewiß es ist, daß nach dem römischen Recht, das der Ehefrau wegen ihres Dotalvermögen zustehende und auf das sämmtliche Vermögen ihres Ehemannes [97], sich erstreckende stillschweigende Pfandrecht auch ihren Erben zu statten kommt, so wenig läßt sich doch solches in Ansehung des damit verbundenen Privilegiums behaupten, sondern dieses kommt so wenig dem successor universalis als singularis der Ehefrau zu statten. Auch der Cessionar kann nicht davon Gebrauch machen, es wäre denn, daß es das Interesse der Ehefrau erforderte, daß auch er desselben genösse [98]. Ob den Kindern der Ehefrau dieses sogenannte privilegium dotis zuständig sey, ist sehr streitig [99]. Nach der Theorie ist solches zu verneinen. Denn so heißt es 1) im *L. un. C. de privil. dotis* ausdrücklich: Scire debes privilegium dotis —— *ad heredem non transire*, womit auch §. 29. I. de action. übereinstimmt. Justinian gedenkt hier der den Eheweibern wegen ihres Brautschatzes verstatteten stillschweigenden Hypothek, und fügt nun hinzu: Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum *ipsa mulier* de dote sua experiatur, *cujus solius* providentia hoc induximus. Aus diesen Gesetzen erhellt deutlich, daß das dem Brautschatz verstattete Privilegium persönlich ist, und hinfolglich mit der Person, der es gegeben ist, erlöschen muß. 2) Die Kinder haben dieses Privilegium nur in einem einzigen

Fall

Fall ausnahmsweise erhalten, nemlich wenn sie mit einer Stiefmutter concurriren, die ebenfalls ihr Heirathsguth aus dem Vermögen des Mannes zurückfordert [100]). Wozu also dieser besondern Verleihung, wenn sich das Privilegium des Brautschatzes schon allgemein in Ansehung ihrer von selbst verstanden hätte. Concurriren sie also mit der Stiefmutter nicht, so können sie nach der bekannten Regel: Iura singularia stricte sunt interpretanta, nicht darauf Anspruch machen.

Nach der Praxis gestattet man allgemein den Kindern neben der Hypothek auch noch das besondere Vorzugsrecht in Rücksicht auf das mütterliche Heirathsguth, wenn sie solches aus dem Vermögen des Vaters zurückfordern, und daher gebührt ihnen eben so wohl als der Mutter ihre Stelle in der zweyten Classe [1]).

95) *L.* 31. *§. ult. D. sol. matrim. L.* 8. *C. de iure dotium Nov.* 97. *C.* 2.

96) arg. *L. un. §.* 7. *C. de rei uxor. act.* Nicht aber steht der Ehefrau dieses Privilegium wegen des Gegenvermächtnisses zu. Westphal im Pfandrecht. S. 139. f.

97) *L. un. §.* 1. *C. de R. V. A.*

98) CLAUEL (pr. *Christ.* GMELIN) D. de iure dotis in concursu creditorum. *Tubing.* 1789. *§. IV.*

99) Daß den Kindern auch das sogenannte privilegium dotis neben der stillschweigenden Hypothek zuständig sey: oder die sogenannte gemeine Meinung vertheidigen unter andern H. G. J. R. Westphal a. a. O. S. 136. Leyser in Medit. ad Pandect. *Spec.* 319. *Med.* 4. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Cap. 3. §. 5. Zoller in exerc. an liberis intuitu bonorum maternorum existente concursu in substantia patris cum hypotheca tacita et ius praelationis competet? *Lipsi.* 1776. Das Gegentheil hat, außer Schulting in thes. controv. *decad.* 8. in Commentat. acad. *Vol. III. p.* 276. noch neuerlich der oben angeführte Clauel vertheidigt.

100) Diese Ausnahme enthält selbst *L.* 12. *§.* 1. *qui potior. in pignor.* Die hieher gehörigen Worte lauten folgendergestalt:

gestalt: Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus. Et sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. *Exceptis* videlicet *contra novercas anterioris matrimonii filiis*, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores: *in praesenti* autem *similem* eis praerogativam servamus, ne ius, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur; *sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum.* Duobus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus. Die Novelle 91. Cap. 1. und die *Auth. si quid ex reb. C. qui pot. in pignor.* enthalten eben dieselbe Ausnahme. Puffendorf in Obs. Iur. un. *T. IV. Obs.* 66. ist zwar der Meinung, daß in der Nov. 91. C. 1. noch eine zweyte Ausnahme enthalten sey, nemlich daß den Kindern erster Ehe dieses Privilegium auch dann noch zu statten komme, wenn diese nicht mit der Stiefmutter, welche bereits gestorben ist, sondern mit den Kindern der zweyten Ehe concurriren. Allein das Unrichtige dieser Behauptung hat der gelehrte Herr Professor Klüber in der kleinen juristischen Bibliothek. 22. Stück. S. 198. gezeigt.

1) Nach der Theorie würden die Kinder, wenn keine Stiefmutter vorhanden wäre, wegen des mütterlichen Heirathsguths, unter die nicht privilegirten hypothekarischen Gläubiger in die dritte Classe locirt werden müssen.

§. 239.

Fortsetzung.

Ob die gedachten Vorrechte, welche Justinian dem Brautschatze der Eheweiber beym Concurse über das Vermögen ihrer Ehemänner ertheilt hat, auch den jüdischen Ehefrauen zu statten kommen müssen? ist eine unter den Rechtslehrern sehr bestrittene Frage. Der Streit beruht auf die Nov. 109, wo Justinian den haereticis mulieribus diese Rechtswohlthaten versagt hat. Denn nachdem Justinian in der Nov. 109 Cap. 1. zuvörderst erklärt hatte, daß die Ketzer mit den Rechtgläubigen nicht gleicher Privilegien genießen sollen, so wendet er nun

auch

auch dieſes insbeſondere auf die Eheweiber an, und verordnet, daß die denſelben verliehenen Privilegien, unter welchen er auch des privilegii dotis nahmentlich Erwähnung thut, nur denjenigen zu ſtatten kommen ſollen: quae diligentiam habent, rectam et adorandam noſtram fidem tenere (Catholicae dicimus et Apoſtolicae eccleſiae), et participare in ejus ſalutari communione. Quae enim (fährt er fort) ſeparant ſe a ſancta Dei Catholica et Apoſtolica eccleſia, et ſacroſanctam in ea communionem percipere non patiuntur, a Deo amabilibus ſacerdotibus, nolumus omnino talibus frui privilegiis. Si enim ſe ſeparant a Dei muneribus, et a ſacra communione alienas faciunt: multo potius et nos non eas dignas fieri privilegiis, neque ex noſtris legibus frui permittimus continentia: ſed ſint eis inaggreſſibilia omnino ex legibus beneficia, et omni privilegio ex noſtris conſtitutionibus eis dato privabuntur.

Die verneinende Meinung nemlich, daß den jüdiſchen Eheweibern beym Concurſe ihres Mannes die Vorrechte des Brautſchatzes nicht zu ſtatten kommen, vertheidigen außer andern Rechtslehrern vorzüglich Puffendorf [2]), Struben [3]), von Cramer [4]), und Herr G. J. R. Walch [5]), welcher letztere insbeſondere ſeine Behauptung mit den ſcheinbarſten Gründen unterſtützt hat. Zwar, ſagt er, hat Juſtinian bey Errichtung jener für den Brautſchatz ſo vortheilhaften Anordnungen nicht auf die Religion Rückſicht genommen, und keinen Unterſchied zwiſchen chriſtlichen und jüdiſchen Eheweibern gemacht. Auch hat er in der Nov. 109. den jüdiſchen Eheweibern jene Rechtswohlthaten nicht ausdrücklich verſagt, ſondern nur blos den mulieribus haereticis, unter welchen die jüdiſchen Eheweiber vermöge des Begriffs von einem haereticus nach *L.* 2. *C. de haeret.* nicht begriffen ſeyn können. Und überdies muß ein abändern-des Geſetz, wie Nov. 109. iſt, ſtrenge interpretirt werden. Nichts deſto weniger muß man annehmen,

daß Justinian in der Novelle 109. die jüdischen Eheweiber von jenen Rechtswohlthaten ausgeschlossen, und dieselben hierin den ketzerischen gleich gestellt hat, indem er ausdrücklich in diesem Gesetz ganz allgemein sagt: daß nur diejenigen Eheweiber derselben theilhaftig seyn sollten, welche den Glauben der christlichen und rechtgläubigen Kirche hätten, und deren Gemeinschaft theilhaftig wären, nicht aber die, welche sich von der Gemeinschaft der christlichen Kirche, und der Theilnahme an den Sacramenten derselben ausschließen. Alles dieses gilt nicht nur von Abtrünnigen des christlichen Glaubens, sondern kann um so viel mehr auf die jüdischen Eheweiber, die gar nicht einmahl zur christlichen Kirche gehören, angewendet werden. Hierzu kommt, daß die kaiserlichen Gesetzgeber die Anhänger des Nestorius aus dem Grunde verwerfen, weil sie ἀκολουδοῦντες τῇ Νεστορίου Ἰουδαϊκῇ μανίᾳ d. i. den jüdischen Unsinn des Nestorius annahmen. Daß die Juden nicht zu den eigentlichen Haereticis gehören, und um ihrentwillen nicht besonders die Novelle 109. gegeben worden, thut nichts zur Sache; denn es konnte auch darin etwas verordnet werden, welches die Juden anging, indem sie anderwärts mit den Ketzern verglichen werden. Die Regel von strenger Auslegung abändernder Gesetze, wird bey diesen Grundsätzen beobachtet, weil die Juden allerdings zu denen gehören, welche nicht Mitglieder der rechtgläubigen Kirche sind. H. G. J. R. Walch bringt am Ende Präjudicien bey, wo nach diesen Grundsätzen entschieden worden.

2) In Observat. Iur. universi. *T.* 1. *Obs.* 208. *p.* 532. *T.* 3. *Obs.* 72. *p.* 130.

3) In den rechtl. Bedenk. B. 3. Bed. 68. S. 130.

4) In s. Wetzlarschen Nebenstunden. 3. Th. S. 49. folg.

5) In progr. de privilegio dotis iudaeae. *Ien.* 1785.

§. 240.

§. 240.

Fortsetzung.

So vielen Scharfsinn auch die Gründe des verdienstvollen H. G. J. R. Walchs enthalten, so wenig kann ich doch denselben hier beypflichten, sondern ich halte es vielmehr mit Senckenberg [6]), Königke [7]), Gatzert [8]), Klüber [9]), und andern Rechtslehrern [10]), welche den jüdischen Eheweibern, in Absicht auf ihren Brautschatz, gleiche Vorrechte mit den christlichen verstatten. Denn so hat 1) Justinian die jüdischen Eheweiber in keinem Gesetz ausdrücklich von dem Genuß des Privilegiums des Brautschatzes ausgeschlossen, mithin muß ihnen dasselbe nach *L.* 8. *Cod. de Iudaeis* noch zuständig seyn. 2) Von den häretischen Eheweibern, deren Justinian in der Nov. 109. gedenkt, und welchen er das mehr gedachte Privilegium des Brautschatzes entzieht, läßt sich kein richtiger Schluß auf die jüdischen machen, und behaupten, daß dasselbe auch diesen genommen sey. Denn es paßt der Grund und die Ursache des Gesetzes nicht auf den vorliegenden Fall, welches doch bey einer richtigen Analogie seyn muß, sondern er ist vielmehr demselben gradezu entgegen. Wer nur die Justinianeische Gesetzgebung, vorzüglich in so ferne sie auf die Religion Beziehung hat, mit einem flüchtigen Blick durchwandert, wird finden, welchen Anhänger Justinian von der rechtgläubigen Kirche abgab, und wie sehr er alle Abtrünnigkeit von derselben, theils wegen der Unordnung, die dadurch entstand, theils darum haßte, weil solche einen wirksamen Einfluß auf die Urtheile der nichtchristlichen Religionspartheyen von der christlichen Religion haben, und auf diese Art der Ausbreitung und dem Ruhme derselben nachtheilig werden konnte. Schon von den vorigen Kaisern waren harte Verordnungen gegen die Ketzer erlassen, und selbige mancher Vorrechte beraubt worden, und dennoch that alles dieses der Ketzerey keinen Einhalt. War es also wohl

Wun-

Wunder, wenn der orthodoxe Justinian, der überhaupt in allem so gerne glänzen wollte, es auch hierin seinen Vorgängern zuvor zu thun bemühet war, und sogar den ketzerischen Eheweibern die Vorrechte ihres Brautschatzes raubte?

Aus diesen ergiebt sich also offenbar, daß der Grund der Justinianeischen Verordnung in der Novelle 109. kein anderer war, als die Abtrünnigkeit von der rechtgläubigen Kirche noch mehr zu verhüten, und kann solche daher nicht auf die jüdischen Eheweiber angewendet werden, die gar nicht zur christlichen Kirche gehörten, und derselben daher auch nicht abtrünnig werden konnten.

Was sich noch wohl am vorzüglichsten gegen diese Behauptung und für die Meinung des H. G. J. R. Walchs brauchen läßt, ist ohnstreitig dieses, daß Justinian die Rechte und Immunitäten der Juden sehr einschränkte, sie der Ehrenstellen und Würden verlustig erklärte [11]), ihrer Synagoge etwas zu vermachen verbot [12]), und die Ehen der Christen mit den Juden, als Ehebruch und Blutschande zu strafen befahl [13]). Wie! sollte er also wohl nicht das, was er von häretischen Eheweibern anordnete, auch von den jüdischen verstanden wissen wollen?

Keinesweges. Alle diese Verfügungen Justinians haben blos zum Endzweck, die Juden von der Einmischung in Staatsgeschäffte auszuschließen, und ihnen die Kräfte zu entziehen, sich gegen den Staat und die christliche Religion aufzulehnen, und müssen daher nach ihrer wahren Absicht, und nicht zum Nachtheil einzelner erklärt werden. War es die Absicht Justinians, auch den jüdischen Eheweibern die Vorrechte des Brautschatzes zu entziehen, so würde er gewiß derselben bey seiner Verfügung in der Nov. 109. gedacht haben.

Doch wir lassen alles dieses, und bestreiten die Anwendbarkeit der Nov. 109. in unsern Tagen ganz, nicht nur in Ansehung der jüdischen, sondern auch sogar

gar in Ansehung der häretischen Eheweiber. Offenbar dictirte jenes Gesetz der Geist eines Zeitalters, der sich durch Religionsstreitigkeiten, Religionshaß und Ketzermacherey auszeichnete. Wie paßt aber ein solches Gesetz auf unsere Zeiten, wo man nicht nur allgemein strebt, den Geist des christlichen Unfriedens und der Unduldsamkeit auszurotten, sondern wo auch unsere christlichen Gesetzgeber den christlichen Secten sogar freye Religionsübung in ihren Landen verstatten, wo endlich überhaupt die christliche Kirche in mehrere Religionsparthеyen getheilt ist, so daß selbst der Zustand der christlichen Kirche jenes Gesetz ganz unanwendbar macht.

6) In D. de iuribus ac privilegiis dotium illatorumque in concursu creditorum tum in genere, tum in specie, quoad mulieres iudaicas *Gieff.* 1729.

7) In progr. de iuribus ac privilegiis dotium in concursu creditorum mulieribus iudaicis competentibus. *Lipf.* 1733.

8) In tr. de Iudaeorum in Hassia praecipue Darmstad. iuribus atque obligationibus. §. 10.

9) In der kleinen juristischen Bibliothek. Viertes Stück. S. 485.

10) Unter mehrern andern will ich nur hier des Gmelin in der Ordnung der Gläubiger. Cap. 3. S. 178. Erwähnung thun.

11) *L.* 18. *C. de Iudaeis.*

12) *L.* 1. *C. eod.*

13) *L.* 6. *C. eod.*

§. 241.

Fortsetzung.

Da der heutige sogenannte instructus muliebris nach richtigeren Grundsätzen als ein Theil des Brautschatzes angesehen werden kann [14]), so müssen auch die in dem römischen Rechte angeordneten Privilegien des

Brant-

Brautschatzes mit darüber erstreckt werden. Dahingegen fallen selbige in Ansehung der wirklichen Paraphernalien der Ehefrau, und vollends in Ansehung aller und jeder Leistungen weg, die die Ehefrau aus den Gütern des Mannes zu fordern berechtiget ist, als der donatio propter nuptias, der Morgengabe u. s. f. [15]). Nur in Ansehung des eigentlichen Dotalitiums als eines Surrogats des Brautschatzes müssen ohne Zweifel der Ehefrau diese Vorrechte analogisch gestattet werden [16]).

Ob eine Braut wegen des vorausgegebenen Heirathsguths, wenn der Bräutigam etwa vor der wirklichen Ehe verstorben ist, sich gleicher Rechte anmaßen könne, oder ob sie nur ein persönliches Vorrecht habe, ist streitig. Nach den Pandecten genoß die Braut gleiche Vorrechte mit der Frau. Bey der Erhöhung der persönlichen Vorrechte zur stillschweigenden privilegirten Hypothek aber, hat der Gesetzgeber blos der Eheweiber erwähnt. Der größte Theil der Rechtslehrer spricht der Braut daher das privilegium dotis ab [17]). Allein ich sehe nicht ein, warum es auch nicht der Braut gestattet werden soll, da in Ansehung ihrer ein gleicher Grund, wie bey der wirklichen Ehefrau vorhanden ist, und Justinian sie dadurch, daß er ihrer nicht erwähnt, im mindesten nicht ausgeschlossen hat [18]). Weiter aber läßt sich das privilegium dotis nicht ausdehnen, und steht dasselbe einer geschwächten Weibsperson nicht zu, welche von dem Schwängerer ein sogenanntes Heirathsguth begehrt [19]).

Sonst kann der Ehefrau, wenn sie beym Concurse ihres Mannes das Heirathsguth zurückfordert, und auf die Vorrechte desselben Anspruch macht, nicht entgegen gesetzt werden, daß sie sich ein ausdrückliches Unterpfand, wenn etwa dieses geschehen seyn sollte, wegen desselben ausbedungen, oder daß das Heirathsguth nicht zum Nutzen des Mannes angewendet, sondern vielmehr verschleudert worden, am allerwenigsten aber, daß sie wissentlich einen verschwenderischen, oder verschul-

schuldeten Mann geheirathet habe [20]). Denn aus der Bedingung eines ausdrücklichen Unterpfands folgt noch keine Verzichtleistung auf das stillschweigende Pfandrecht, und das demselben anklebende Privilegium, sondern nur blos dieses, daß sich vielleicht die Ehefrau wegen ihres Brautschatzes noch mehr sichern wollen. Und eben so wenig kann der Ehefrau ihr privilegium dotis desfalls von den Gläubigern streitig gemacht werden, weil der Brautschatz vielleicht nicht zum Nutzen des Mannes war angewendet worden, indem Justinian bey Ertheilung dieses Privilegiums blos zur Absicht hatte, dem Frauenzimmer ihr Dotalvermögen zu erhalten, damit solches nicht von des Mannes Creditoren verschlungen werden mögte, übrigens aber nicht auf die Verwendung desselben Rücksicht nahm. Dies, daß ein Frauenzimmer wissentlich einen verschwenderischen oder verschuldeten Mann heirathete, enthält auch keine Verzichtleistung auf das Privilegium des Brautschatzes, wenigstens nicht nach Justinians Grundsätzen, der so sehr dafür sorgte, daß dem weiblichen Geschlechte seine Schwächen nicht Schaden bringen mögten.

Die Ehefrau genießt das privilegium dotis beym Concurse über das Vermögen ihres Ehemannes, in Ansehung der ganzen eingebrachten Größe desselben. Offenbar ergiebt sich dieses aus der Verordnung des Kaisers Justinian, und kann ich daher denjenigen Rechtslehrern nicht beypflichten [21]), welche annehmen, daß wenn etwas von dem Heirathsguth verkauft worden, die Ehefrau nur den Werth, wie dasselbe verkauft, nicht wie es eingebracht worden, zurückzufordern berechtiget sey.

14) Vergleiche mein Eherecht. §. 238. Das Gegentheil behauptet Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 177. nebst andern daselbst angeführten Rechtslehrern. Die Richtigkeit meiner Behauptung ergiebt sich sogleich, wenn man nur zwischen dem Instructus muliebris nach dem ältern und dem heutigen Recht den gehörigen Unterschied macht.

15) *L.* 12. §. 2. *C. qui potior. in pignor.*

16) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 178.

17) Vergleiche Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. 3. Medit.

18) Westphal im Pfandrecht. S. 138. ZOLLER in Observat. singularib. circa dotem obvenient. §. 5.

19) ZOLLER Exerc. an stuprata in concursu creditorum dotem et alimenta infantis petere possit. §. 6.

20) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. 36. Meditat.

21) Dies thut wenigstens Gmelin in der Ordnung der Gläubiger. S. 190.

§. 242.

Fortsetzung.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Ehefrau, welche auf das Privilegium des Brautschatzes Anspruch machen, und der Befriedigung in der zweyten Classe theilhaftig werden will, nicht nur, daß sie dem Manne etwas zugebracht, erweisen muß, sondern auch, daß das Zugebrachte ein Heirathsgut gewesen, und welche Größe dasselbe gehabt habe. Denn da nach den Gesetzen alle von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Güter im Zweifel als Paraphernal-Vermögen angesehen werden [22]), und wenn sie die Eigenschaft des Brautschatzes haben sollen, dazu immer eine besondere Bestimmung nothwendig ist, so enthält die Einbringung des Brautschatzes allerdings eine Handlung, die nicht vermuthet werden kann, sondern immer erst bewiesen werden muß. So gewiß es ist, daß hier der Ehefrau alle nur gedenkbare Beweismittel zu statten kommen müssen, ja! ihr nach dem Gerichtsbrauch sogar vieles von der sonstigen Strenge des Beweises erlassen worden [23]), so streitig ist es jedoch, in wie ferne das Bekenntniß des Ehemannes

der

der Frau beym Concurse über dessen Vermögen zu statten kommen könne? Es giebt Rechtslehrer, welche das Geständniß des Ehemannes ganz für unzulässig erklären; sobald es die Ehefrau mit den Gläubigern desselben zu thun hat [24]), welches aber offenbar unrichtig ist. Ich unterscheide, ob das Bekenntniß des Ehemannes von dem Empfang des Brautschatzes sowol, als der Größe desselben, vor oder nach entstandenem Concurse geschehen ist. Im letzten Fall kann es keine Glaubwürdigkeit haben, dahingegen im ersten demselben solche nicht abgesprochen werden darf, es wäre denn, daß es kurz vor dem Ausbruch des Concurses ausgestellet worden, und aus diesem Grunde von den Gläubigern als verdächtig angefochten werden könnte [25]).

22) Das Gegentheil behauptet wenigstens nach dem römischen Recht *Frid. Georg* MEISTER de bonis Uxoris ex Romani Iuris praesumtione non paraphernalibus sed dotalibus. *Goetting.* 1769. Allein Nov. 22. und *L.* 1. *C. dot. prom.* imgleichen *L.* 4. *C. de Iure dot.* stehen dieser Behauptung entgegen.

23) LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec.* 233. *Iac. Frid.* LUDOVICI de probatione illationis dotis. *Hal.* 1711. Insbesondere wird bey dem Beweise von der geschehenen Illation des Brautschatzes, sehr viel auf Vermuthungen gebauet. Vergleiche Gmelin a. a. O. S. 191.

24) Vergleiche Brockes de valida illatorum confessione a marito facta. *Vitemb.* 1737.

25) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 190.

§. 243.

6) Diejenigen, welche ad emendam militiam creditirt haben.

Ein privilegirtes Unterpfand genießen auch nach dem römischen Recht

6) diejenigen, welche AD EMENDAM MILITIAM creditirt und sich ein Unterpfand

an der erkauften MILITIA besonders bedungen haben, und müssen daher ebenfalls in der zweyten Classe ihre Befriedigung erhalten. Es wird nöthig seyn, von der Natur und Eigenschaft dieses privilegirten Pfandrechts das nöthige voraufgehen zu lassen, um über den heutigen Gebrauch desselben, der so streitig ist, desto besser urtheilen zu können.

Unter MILITIA wird hier ein öffentliches Amt (Bedienung) verstanden, welche gewisse Revenüen oder Einkünfte abwarf. Es gab beym kaiserlichen Hofe solche Bedienungen, die nicht nur vererbt werden konnten, sondern welche auch gewissermaßen käuflich waren [26]), wie solches z. B. von dem adiutor quaestoris, und andern Bedienten bekannt ist. Die besonderen Eigenschaften dieser Bedienungen waren ohngefähr folgende. Sie erbten auf die Söhne, ja bisweilen auch wohl gar auf Fremde, die der Bediente zu Erben ernannt hatte. Auch dann, wenn eine solche Vererbung nicht erlaubt war, mußte doch der ernannte Nachfolger in der Bedienung, der Wittwe und den Kindern seines Vorgängers, eine gewisse Summe Geldes beym Antritt auszahlen, die entweder die Gewohnheit des Collegiums (commune militantium placitum, oder ausdrückliche Gesetze (divinae sanctionis beneficium) bestimmten. In so ferne war also immer doch eine Art von Vererbung dabey, weil, obgleich die Bedienung nicht selbst auf die Erben überging, sie doch denselben gleichsam abgekauft werden mußte [27]). Es war auch erlaubt, dergleichen Bedienungen käuflich, und gegen Erlegung einer Summe Geldes an andere zu überlassen. Auch wurden dergleichen Bedienungen in neueren Zeiten den Gläubigern des Bedienten sehr stark verhaftet, wozu besonders Justinian im *L.* 27. *C. de pignor. et hypothec.* beytrug.

26) Vergleiche ALCIATUS in praetermissis. *L.* 1. voc. *militia.* LAELIUS TAURELLUS in D. de militiis

litiis ex casu in *Everh.* OTTO Thesaur. *T. IV.* *p.* 1634. AVERANIUS *L. II.* Interpret. *C.* 17.

27) Sieh Westphal im Pfandrecht. S. 96. folg.

§. 244.

Fortsetzung.

Wenn jemand zum Ankauf einer solchen Bedienung Geld vorschießt, so erhält er dadurch kein Unterpfand an der Bedienung, sondern will er desselben theilhaftig werden, so muß er es sich ausdrücklich bedingen. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern [28]), welche aus *L.* 27. *C. de pign. et hypoth. Nov.* 53. *C.* 5. und *Nov.* 97. *C.* 4. ein stillschweigendes Unterpfand eines solchen Gläubigers vertheidigen, allein alle diese Gesetze wissen davon nichts [29]). Im *L.* 27. *C. de pignor. et hypothec.* entschied Justinian bloß den vor ihm darüber obwaltenden Zweifel, ob, und in wie weit auf eine käufliche Bedienung, eine verliehene oder zuständige General-Hypothek erstreckt werden könne, und die Gläubiger sich auch daran zu halten befugt wären. In der Novelle 53. C. 5. schränkt er die Verordnung dieses Gesetzes sowol überhaupt, als insbesondere zu Gunsten desjenigen Gläubigers ein, welcher zum Ankauf der Bedienung Geld vorgeschossen hatte — aber von einer stillschweigenden Hypothek wird mit keinem Worte gedacht. Und in der Novelle 97. C. 4. ist blos vom Vorzug der Hypothek eines solchen Gläubigers die Rede, wie wir gleich hernach sehen werden. Von der Entstehungsart der Hypothek aber giebt die Novelle keine Nachricht.

Wegen des Vorzugs eines solchen Gläubigers finde ich im allgemeinen nichts in den Gesetzen verordnet. Aber deutlich ergiebt es sich aus der Novelle 97. C. 4., daß dem Gläubiger ein privilegirtes Pfandrecht zuständig ist. Justinian bestimmt hier, wenn der Gläubiger, mit dessen Gelde eine militia erkauft worden, dem Brautschatz vorgezogen werden müsse, und wenn sol-

ches nicht der Fall sey. Wozu aber diese Entscheidung, wenn der Gläubiger, welcher in **emendam militiam** creditirt hatte, kein privilegirtes Pfandrecht gehabt hätte, weil sich so der Vorzug des Brautschatzes von selbst ergab, und die Streitigkeit, die Justinian hier entschied, sich gar nicht gedenken ließ? Ueberdies aber zeigt Justinian noch deutlich das privilegirte Pfandrecht des Gläubigers, der in **emendam militiam** creditirt hatte, in folgenden Worten an: Quia vero et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis, *et oportet eos, qui in has credide-runt causas praeponi* etc. Außerdem scheint Justinian den Begriff des Crediti in **emendam militiam** noch weiter zu fassen, als er vorher war: Sancimus, heißt es in der mehr gedachten Novelle, si quis crediderit aurum occasione militiae, sive *statutum fieri*, vel *pro aliis quibusdam talibus causis* etc. Nach dieser Bestimmung begreift das Creditum in **emendam militiam** alles unter sich, was in Beziehung auf eine zu erlangende Bedienung (occasione militiae) angeliehen worden. Statutum fieri bedeutet hier, wie Herr G. J. R. Westphal [30]) sehr richtig bemerkt, so viel, als: ut statutus fiat, d. h. daß der Erborger eine ordentliche Stelle mit Einkünften erhalte. Die Worte: vel pro aliis quibusdam talibus causis, scheinen auf die Stelle eines Supernumerarii oder Beanwarteten hinzudeuten, denn bey einigen Bedienungen kommen statuti und supernumerarii vor.

Sonst ist noch in Ansehung des zum Erkauf einer Bedienung geborgten Geldes, nach dem römischen Recht zu merken: 1) Nur von solchen Bedienungen, die käuflich an andere überlassen werden können, versteht sich das, was von dem, dem Gläubiger daran zuständigen Pfand- und Vorzugsrecht bisher gesagt worden, und würde es ungereimt seyn, wenn man das Privilegium einer jeden, zur Erlangung eines Amts, geschehenen Anleihe

leihe beylegen wollte. 2) Das Vorzugsrecht des Gläubigers erstreckt sich nur blos auf die Bedienung selbst, nicht aber über das übrige Vermögen des Schuldners. 3) Es fällt weg, wenn die Bedienung zur Zeit des Concurses nicht mehr von dem Schuldner bekleidet wurde.

28) NEGUSANTIUS de pignorib. *P.* 2. *M.* 4. *nr.* 164. BACHOV in tr. de pignor. *L.* 1. *C.* 12. *nr.* 4.

29) KOCH de pecunia ad emendum credita privilegiata, et non privilegiata. *§. XII.*

30) Im Pfandrecht S. 235. Vergleiche auch FRICK D. de iuribus illius, qui ad emendum credidit. §. 9. und EISENHART de iure eius qui ad militiam emendam credidit in concursu creditorum. §. 17.

§. 245.

Fortsetzung.

Was den heutigen Gebrauch des, dem in militiam creditirten Gelde, nach dem römischen Recht zuständigen Privilegiums anbetrifft, so tragen freilich die gewöhnlichen Lehrbücher die Sache so vor, daß die Gesetze überhaupt dem Gläubiger, der zur Erlangung öffentlicher Würden Geld angeliehen, und sich ein Pfandrecht ausbedungen hat, das Vorzugsrecht einräumten, und diesemnach durfte der fortdauernde Gebrauch davon ohne Bedenken statt finden. Denn auch bey uns giebt es Ehrenstellen, und Chargen, wofür derjenige, dem sie conferirt werden, ein gewisses erlegen muß, und zu deren Erwerb nicht immer derjenige, der sie erhalten will, das nöthige Geld hat, sondern erst solches anleihen muß. Untersuchen wir aber die Sache etwas näher, so findet sich bald, daß heutiges Tages von jenen römischen Grundsätzen wenig oder gar kein Gebrauch zu machen ist. Denn so erfordern die römischen Gesetze Bedienungen, welche nicht nur vererbt, sondern auch käuflich andern überlassen und verpfändet werden können, und woran endlich

den Gläubigern sich zu halten erlaubt ist. Wie ist aber dieses heutiges Tages der Fall? Und überdies wie kann die Natur eines so außerordentlichen Privilegiums eine Ausdehnung zulassen [31])?

Es fehlt daher auch nicht an Rechtslehrern [32]), welche ganz den heutigen Gebrauch dieses Privilegiums verwerfen, obgleich die Zahl derjenigen ohnweit größer ist, welche die Anwendung desselben noch heutiges Tages nicht allein behaupten, sondern auch häufig durch Präjudicien zu bestärken bemühet gewesen sind [33]). So viel bleibt ohnstreitig gewiß, daß wenn man von diesen römischen Grundsätzen noch heutiges Tages Gebrauch machen will, solches durchaus nicht anders geschehen kann, als wenn zur Erkaufung einer solchen Bedienung Geld vorgeliehen ist, welche wieder verkauft, und auch verpfändet werden kann. Es ist daher dieses Privilegium nicht auf solche Gläubiger anwendbar, welche zu Promotionen, Erkaufung der Canonicate, u. s. f. Geld vorgeschossen haben, selbst nicht einmal auf solche, welche zur Erkaufung eines Kriegs- oder andern Dienstes, der die obige Eigenschaft nicht hat, angelehnet haben, wenn es nicht durch besondere Landesgesetze auch hierauf ausgedehnt worden.

31) Vergleiche Adolph Dieterich Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. S. 20. f.

32) Koch in der Dissertation de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. §. XIV.

33) Ludovici im Concurs-Proceß. Cap. 10. §. 30. STRUV Exercit. ad Pandect. *Exerc.* 44. *th.* 49. u. a. m. Die Rechtslehrer, welche demjenigen, der zum Ankauf einer solchen Bedienung Geld vorgeliehen hat, das in den römischen Gesetzen gegründete Vorrecht verstatten, nehmen jedoch größtentheils an, daß bey der Bedienung ein Salarium statt haben müsse. Indeß, so fehlt es auch

nicht

nicht an solchen, welche das Vorrecht ohne alles Salarium bey der Bedienung angenommen wissen wollen, z. B. HAHN ad WESENBEC. *L.* 42. *tit.* 6. §. 44. Beydes ist offenbar falsch, und dem Geist des römischen Rechts schnurstracks entgegen. Die Besoldung allein, welche mit der Bedienung verbunden ist, bewirkt nicht, daß das Vorrecht des zur Erkaufung der Bedienungen creditirten Geldes auch darauf angewendet werden kann, sondern sie muß auch wieder verkauft, und verpfändet werden können.

§. 246.

7) Der Pupill wegen der mit seinem Gelde erkauften Sache.

Zu den privilegirten Pfandgläubigern, die in der zweyten Classe befriediget werden müssen, gehört:

7) der Pupill wegen der mit seinem Gelde erkauften Sache. Um sich einen richtigen Begriff von dem privilegirten Pfandrechte des Pupillen, wovon hier die Rede ist, zu machen, ist folgendes zu bemerken. Es erkauft jemand entweder etwas mit dem Gelde des Pupillen, welches ihm angeliehen worden, oder mit Geld, welches dem Pupillen noch eigen ist. Im ersten Fall, so ist der Pupill nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche oben von dem Gläubiger, der zum Ankauf einer Sache Geld vorstreckte, angegeben sind. Im letztern Fall hingegen, so ist derjenige, welcher den Ankauf bewerkstelliget, entweder der Vormund, oder ein Dritter. Ist das erstere, so hat der Pupill die nützliche Eigenthumsklage, die ein Absonderungsrecht bewirkt, wovon an seinem Ort gehandelt werden soll. Ist das letztere, so geben die Gesetze dem Pupillen an der mit seinem Gelde erkauften Sache ein stillschweigendes, und zwar privilegirtes Pfandrecht, und davon ist hier die Rede [34]). Dieses stillschweigende privilegirte Pfandrecht des Pupillen ist offenbar im *L.* 7. *D. qui potior. in pignor.* gegründet: *Idemque est*, heißt es daselbst, *si ex nummis pupilli fuerit res comparata.* Quare si duorum

pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent, pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est: erit concursus utriusque creditoris: i. e. et antiquioris et eius, cuius nummis comparata est. Sehr wichtig sind jedoch die Zweifel, welche der verdienstvolle Herr G. J. R. Westphal [35]) gegen den Erweis des privilegirten Pfandrechts des Pupilien nach der von mir angegebenen Art, aus diesem Gesetz, vorbringt. „Wäre die Absicht des Gesetzes," sagt er, „dem Pupillen ein stillschweigendes „Pfandrecht in diesem Fall zu ertheilen, so gehörte es „unter den Titul *in quib. cauf. pign.*, nicht aber unter „den, worunter es steht. Ueberdem ist es aus dem dritten „Buch der Disputationen des Ulpians genommen, in „welchen, wie aus *L.* 5. *qui pot. in pignor.* ersichtlich ist, „nicht von stillschweigenden Hypotheken, sondern von „der Rangordnung der Pfandgläubiger geredet wird. „Außerdem ist auch mit keinem Worte eines dritten „Mannes, der die Gelder des Mündels verwendet hätte, gedacht. Von einer ausdrücklichen Hypothek des „Pupillen kann man das Gesetz ebenfalls nicht leicht verstehen. Denn wenn diese vorhanden, so hat ein jeder, „der auch nicht Mündel ist, in der Ordnung der Pfandgläubiger eben die Stelle, die hier dem Pupillen angewiesen wird. Es wäre daher nicht zu begreifen, warum eben eines Pupillen erwähnet worden. Ich glaube also, daß Ulpian auf den Fall, da der Vormund des „Pupillen Schuldner ist, gezielt habe."

Allein so vielen Scharfsinn auch diese Zweifel enthalten, so glaube ich doch, daß sich das stillschweigende privilegirte Unterpfand des Pupillen aus jenem Gesetz ganz gut vertheidigen läßt. Ich gebe zwar gerne zu, daß das Gesetz am unrechten Orte steht, allein daraus folgt noch nichts, indem bey der unordentlichen Compilation der Pandecten dies sehr leicht der Fall seyn konn-

te,

te, und ja Beweise genug vorhanden sind, daß Gesetze an Orten eingeschaltet worden, wohin sie nicht gehören. Alles, worauf ich meine Behauptung begründe, reducirt sich auf den Punct, daß sich das Gesetz ohne den offenbarsten Widerspruch mit andern Gesetzen, nicht anders als von einem stillschweigenden, und zwar privilegirten Pfandrecht des Pupillen erklären läßt. Denn wenn 1) von dem Vormund mit Pupillengeldern etwas erkauft worden, so legen die Gesetze dem Pupillen das Absonderungsrecht bey [36]), er bedarf also keines Pfand- und Vorzugsrechts, wovon doch in diesem Gesetze offenbar die Rede ist. Ist 2) mit angeliehenem Pupillengelde etwas erkauft worden, so muß es nach den allgemeinen Grundsätzen gehen, welche von denjenigen überhaupt gelten, die zur Erkaufung einer Sache Geld vorgeschossen haben, und es bedarf daher der Pupill dieser gesetzlichen Wohlthaten nicht. Es bleibt daher nur ein drittes übrig, wenn nemlich jemand mit Geldern, die dem Pupillen zugehörten, eine Sache erkauft hat, und von diesem Fall muß das Gesetz daher verstanden werden, wenn es nicht als überflüssig, und mit andern in Widerspruch stehend, angesehen werden soll. Aus der Entscheidung Ulpians ergiebt es sich meines Erachtens schon hinlänglich, daß derselbe auf den Fall, wo der Vormund des Pupillen Schuldner ist, nicht gezielt haben kann, denn sonst würde er gewiß anders entschieden haben. Noch mehr Stärke gewinnt diese Behauptung dadurch, wenn wir auf die Verbindung Rücksicht nehmen, worin dieses Gesetz mit dem voraufgehenden *L.* 6. *D. eod.* steht, oder vielmehr durch die Compilatoren der Pandecten gebracht ist.

Uebrigens nimmt dieses privilegirte Unterpfand des Pupillen, von der Zeit des geschehenen Kaufs, seinen Anfang, haftet aber blos auf der mit seinem Gelde erkauften Sache, und erlöscht, wenn dieselbe nicht mehr in der Concursmasse vorhanden ist, daher der Pupill, wenn

er davon Gebrauch machen will, nicht nur beweisen muß, daß mit seinem Gelde die Sache erkauft worden, sondern auch, daß solche noch in der Concursmasse vorhanden sey. Und da überhaupt dergleichen Privilegien nicht ausgedehnt erklärt werden dürfen, so läßt sich ein solches privilegirtes Unterpfand nicht andern zuschreiben, mit deren Gelde etwas erkauft worden, wenn sie auch sonst nach den von Minderjährigen geltenden Grundsätzen beurtheilet zu werden pflegen. Jedoch wird dasselbe nach dem Gerichtsbrauch hin und wieder den Kirchen und milden Stiftungen gestattet [37]).

34) Koch in der Dissertation de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. §. XII.

35) Im Pfandrecht. S. 150.

36) *L. 2. D. quando ex facto tutorum.*

37) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 201.

§. 247.

8) Der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner abgeschlossenen Contract herrührenden Forderung, jedoch nur in gewisser Rücksicht.

Endlich 8) steht auch dem Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner abgeschlossenen Contract herrührenden Forderung ein stillschweigendes privilegirtes Unterpfand an den nach abgeschlossenem Contract von demselben erworbenen Gütern, und mithin auch das Recht in der zweyten Classe beym Concurse, seine Befriedigung zu verlangen, zu. Es sey mir erlaubt, mich über den Grund und die Eigenschaft dieses privilegirten Pfandrechts des Fiscus etwas weitläuftiger zu verbreiten.

Dem Fiscus steht in dem Vermögen desjenigen, mit welchem er contrahirt hat, zur Sicherung der aus diesem Contract entspringenden Leistungen, ein einfaches

stillschweigendes Pfandrecht an dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners zu, und ich werde davon in der dritten Classe das Mehrere bemerken. Außerdem aber legt ihm die gemeine, und in dem Gerichtsbrauch fast durchgehends angenommene Meinung [38]), auch noch ein stillschweigendes privilegirtes Pfandrecht deshalb, an den nach abgeschlossenem Contract, von dem Schuldner erworbenen Gütern, bey. Man leitet solches allgemein aus *L.* 28. *D. de Iure fisci* ab, welches Gesetz aus den Libr. III. Disputationum des Ulpians genommen ist, und folgendergestalt lautet: Si qui mihi obligaverat, quae habet habiturusve esset, cum fisco contraxerit; sciendum est, IN RE POSTEA ADQUISITA FISCUM POTIOREM ESSE DEBERE, Papinianum respondisse, quod et constitutum est, PRAEVENIT ENIM CAUSAM PIGNORIS FISCUS.

38) CARPZOV *L.* 4. *T.* 2. *resp.* 14. *nr.* 8. ERXLEBEN principia de iure pignoris et hypothecarum. §. 221. Emelin Ordnung der Gläubiger. S. 202. *Ioh. Frid.* KAEMPFFE (pr. *Aug. Frid.* SCHOTT) D. de vera causa praerogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post contractum acquisitis ad *L. XXVIII. D. de Iure fisci. Lipsiae* 1772.

§. 248.

Fortsetzung.

So stark auch die Zahl derjenigen Rechtslehrer ist, welche aus diesem Gesetz das privilegirte Pfandrecht des Fiscus an den nach abgeschlossenem Contract von dem Schuldner erworbenen Gütern vertheidigen, so fehlt es dagegen auch nicht an solchen, welche durchaus nichts von diesem privilegirten Pfandrecht wissen wollen, sondern das oben bemerkte Gesetz, woraus dasselbe hergeleitet wird, ganz anders erklären. So z. B. erklärt Anton Faber [39]) der in dem Gesetz gedachten Prävention

des

des Fiscus daraus, weil die allgemeine Hypothek des Fiscus auch in Ansehung des zukünftigen Vermögens des Schuldners sich bereits von der Zeit des mit selbigen geschlossenen Contracts anfange, da im Gegentheil die allgemeine Hypothek der Privatgläubiger auf das künftige Vermögen des Schuldners nicht eher, als von der Zeit an, da es derselbe erwirbt, seine Wirkung erstrecke. So ferner behauptet Herr G. J. R. Westphal [40]): das angeführte Gesetz sey von dem Fall zu verstehen, wo der Schuldner der Zeit nach eher mit dem Fiscus, als mit dem Pfandgläubiger contrahirt habe, und die zweifelhafte Frage: wem von beyden der Vorzug zukommen solle? sey nur daher entstanden, weil eine allgemeine stillschweigende Hypothek, dergleichen hier die Hypothek des Fiscus war, nach dem ältern Recht in der Regel auf das zukünftige Vermögen des Schuldners sich nicht erstreckt habe, hingegen die Hypothek des jüngeren Pfandgläubigers ausdrücklich auf das zukünftige Vermögen des Fiscus gerichtet gewesen sey. So endlich glaubt Johann August Hellfeldt [41]), dieser Vorzug der fiscalischen Hypothek, deren in dem *L.* 28. *D. de Iure fisci* gedacht wird, habe gar nicht etwa ein besonderes Privilegium zum Grunde, sondern entspringe vielmehr aus den gemeinen Rechten, und finde der Zeitordnung nach statt, und zwar auf folgende Weise: Obgleich mit dem Privatgläubiger der Zeit nach eher, als mit dem Fiscus contrahirt worden sey, so könne doch das in Rücksicht auf fremde Sachen, und also auch in Rücksicht auf das künftig zu erwerbende Vermögen, bestellte Pfand nicht eher, als von der Zeit der wirklichen Erwerbung an gerechnet, die Wirkung eines dinglichen Rechts erlangen. Hieraus folge, daß die, verschiedenen Gläubigern zu verschiedenen Zeiten bestellte allgemeine Hypothek, in Ansehung des zukünftigen Vermögens gleichwohl zu gleicher Zeit, nemlich erst nach erfolgter Erwerbung von dem Schuldner, ihren Anfang nehme, mithin keiner

von

von diesen mehreren Gläubigern vor dem andern eigentlich einen Vorzug aus dem Grunde der Zeitordnung haben könne, woferne nicht eine andere besondere Ursache dazu vorhanden sey. Diese Gleichheit würde auch in dem gegenwärtigen Falle zwischen dem Fiscus und Privat-Gläubiger statt finden, wenn nicht der Fiscus dem älteren Gläubiger aus anderen Ursachen vorginge. Eine solche Hauptursache aber sey, außer dem allgemeinen fiscalischen Privilegium, unter allen Gläubigern den ersten Platz zu nehmen, hauptsächlich auch diese, daß der Fiscus schon vor der von dem Schuldner wirklich geschehenen Erwerbung, an dessen zukünftigen Vermögen gewissermaßen ein Pfandrecht erlangt habe, indem ja unter andern dem Fiseus das besondere Vorrecht zustehe, dasjenige zu vindiciren, was der Schuldner, zu dessen Nachtheil, sich zu erwerben unterlassen habe. Diese Hellfeldtische Meinung ist hernach von Johann Bernhard Christoph Eichmann [42]) noch weitläuftiger ausgeführt und vertheidigt worden.

39) Coniecturar. *L. II. Cap. XI. p.* 66.

40) Im Pfandrecht. S. 242.

41) In der Dissertation de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaelitis in seinen Opusculis. *Nr.* X.

42) In der Abhandlung von dem Pfandrecht des Fiscus an den Gütern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag eingegangen hat. Frankf. und Leipzig 1773. Eichmann vertheidiget hierin die von dem oben angeführten Kämpfe unter Schotts Vorsitz angegriffene Hellfeldtische Meinung, und da sich Schott in der unpartheyischen Critik über die neuesten juristischen Schriften. 52. St. *nr.* 11. ihm entgegensetzte, so verantwortete er sich in seiner Erläuterung der Abhandlung vom Pfandrecht des Fiscus an den Gütern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag eingegangen hat. Frankfurt und Leipzig 1774.

§. 249.

Fortsetzung.

Ich finde mich allerdings geneigt, denjenigen Rechtslehrern beyzutreten, welche in dem *L.* 28. *D. de Iure fisci* ein stillschweigendes privilegirtes Pfandrecht des Fiscus, an den von dem Schuldner nach abgeschlossenem Contract erworbenen Gütern, zu finden glauben. Die Meinung Anton Fabers läßt sich um deswillen gar nicht annehmen, weil sonst der besondere Schluß daraus folgen würde, daß der Fiscus auch vor demjenigen Gläubiger, dem der vorige Eigenthümer einer Sache schon zuvor, ehe noch der Schuldner des Fiscus dieselbe an sich brachte, eine Hypothek daran verliehen, ein Vorzugsrecht haben müßte. Eben so stehen der so scharfsinnigen Meinung des Hrn. G. J. R. Westphals mancherley Zweifel entgegen. Denn so leidet 1) der Zusammenhang des Gesetzes die Erklärung nicht, welche derselbe davon giebt. In den Worten des Gesetzes: Si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit, ist offenbar die Rede von einem Contract, den der Fiscus mit einem Schuldner erst nachher, da der Gläubiger sich mit demselben eingelassen hatte, geschlossen hat. Es läßt sich auch 2) gar nicht erweisen, daß nach dem älteren römischen Recht eine allgemeine stillschweigende Hypothek sich nicht auf das zukünftige Vermögen des Schuldners bezogen haben sollte, vielmehr kommt gerade das Gegentheil mit der Natur und dem Zweck allgemeiner stillschweigenden Hypotheken überein. Die Hellfeldtische, und von Eichmann noch weiter vertheidigte Meinung, ist, wenn man sie genau erwägt, nicht nur ein bloßes Wortspiel, sondern enthält auch überdem offenbare Unrichtigkeiten. Denn so kann 1) das Pfandrecht zweyer Gläubiger, welches dieselben zu verschiedenen Zeiten, in Rücksicht auf das zukünftige Vermögen ihres Schuldners, erlangt haben, zur Zeit der erfolgten Erwerbung keinesweges als gleich angesehen wer-

werden. Denn obgleich eine Hypothek in Ansehung des zukünftigen Vermögens nicht eher, als nachdem dasselbe der Schuldner wirklich erworben hat, ihre völlige Wirkung äußern kann, so fängt sich doch die Fähigkeit dazu schon von der Zeit der gemachten Schuld an. Wer nun die Fähigkeit zur wirklichen Hypothek in dem zukünftigen Vermögen des Schuldners zuerst erlangt hat, der muß auch in Ansehung der Wirkung nach erfolgter Erwerbung den Vorzug schlechthin haben. Es würde also nach dem gemeinen Recht und der Zeitordnung in dem im *L.* 28. *D. de Iure fisci* gedachten Fall, eigentlich dem älteren Privat-Gläubiger vor dem Fiscus der Vorzug gebühren, wenn dieser nicht vor jenem blos durch ein besonderes Privilegium ein Vorzugsrecht erlangt hätte. 2) Das allgemeine fiscalische Privilegium, unter allen Gläubigern den ersten Platz zu nehmen, das die Gesetze und römischen Rechtsgelehrten dem Fiscus verstatten, und dessen Paullus [43]) in den Worten: Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum tenere, gedenkt, ist blos von einem persönlichen Privilegium zu verstehen, kraft dessen der Fiscus den blos persönlichen oder Handschrifts-Gläubigern vorgeht, nicht aber von dem Vorgang desselben bey der Concurrenz mit Pfandgläubigern, sondern hier geht dem Fiscus in der Regel derjenige vor, der in Ansehung des Pfandrechts die Erstigkeit der Zeit hat. 3) Die Befugniß des Fiscus, dasjenige zu vindiciren, oder vielmehr zu revociren, was der Schuldner zu dessen Nachtheil vorsetzlicher Weise zu erwerben unterlassen hat, welche ihm die Gesetze einräumen, gründet sich keineswegs auf ein Pfandrecht, sondern vielmehr auf eine besondere Gunst gegen den Fiscus, und kann daher hier im mindesten nicht in Anschlag gebracht werden.

43) Receptar. sententiar. *L. V. T.* 12. *§.* 10.

§. 250.

Fortsetzung.

Offenbar ist es, daß der Grund des Vorzugsrechts der fiscalischen Hypothek, dessen in dem *L.* 28. *D. de Iure fisci* gedacht wird, auf ein besonderes Privilegium beruhe, und nicht aus dem gemeinen Rechtssatze von dem Vorzug eines ältern hypothekarischen Gläubigers, wie Hellfeld und Eichmann glaubt, abgeleitet werden müsse. Es ist gezeigt worden, daß das Pfandrecht des Fiscus, dessen in dem Gesetz gedacht wird, wenn wir uns genau an die Vorstellungsart in dem Gesetz selbst halten, weder seiner Natur nach älter ist, als das des Gläubigers, mit welchem er concurrirt, noch daß es solches, vermöge einer Rechtserdichtung, seyn kann. Nun zur Analyse des Gesetzes selbst. Ulpian stellt hier 1) einen Gläubiger vor, welchen der Schuldner sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet hatte. 2) Den Fiscus, der mit dem Schuldner nachher contrahirt, und vermöge der Gesetze wegen der aus dem Contract herrührenden Forderungen ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht an dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners erlangt hatte. Nun sagt er: sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, *Papinianum* respondisse: quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus. Gerade zu legt hier Papinian dem Fiscus das Vorzugsrecht, wegen seiner Forderung, in dem von dem Schuldner hernach, da er den Contract mit dem Fiscus abgeschlossen hatte, erworbenen Vermögen bey, und Ulpian tritt seiner Entscheidung bey, und fügt noch als Grund seines Beytritts hinzu: praevenit enim causam pignoris fiscus. Wir lassen es dahin gestellt seyn, was Ulpian mit diesen Worten sagen will, zumal da sie sich durch Vergleichung mit andern Gesetzstellen, worin dem Fiscus Gerechtsame sind zugeeignet worden, so wenig, als aus der Natur der Sache erklären lassen. Vielleicht lag dabey eine besondere Idee des Ulpians zum

Grun-

Grunde, oder er wollte auch nur etwas sagen, um seinen Beytritt zu rechtfertigen! Doch nicht eine besondere Idee Ulpians! wenn man diese seine Worte mit anderen Gesetzstellen vergleicht, wo ebenfalls der Ausdruck praevenit vorkommt, z. B. *L.* 2. *C. de privil. fisci.* Ulpian will damit so viel sagen: der Fiscus sey in Ansehung der, nach dem Contract erworbenen Güter, dem anderen Gläubiger zuvorgekommen. Aber wie konnte er dies nach den oben entwickelten Grundsätzen? Sollte sich nicht sowohl Papinian als Ulpian hier geirrt haben, sollten sie wohl nicht ein Vorrecht des Fiscus in Gedanken gehabt haben, was gar nicht existirte?

Ich glaube nicht. Eher scheint es mir, als wenn beyde von einem Gesetz unrichtige Anwendung gemacht haben, das von dem Vorzug des Fiscus handelt. Ulpian sagt, nachdem er die Entscheidung des Papinian vorgetragen hatte: quod et constitutum est. Zielen diese Worte, wie Herr G. J. R. Westphal [44]) bemerkt, auf die Verordnung des *L.* 2. *C. de privil. fisci*, so ist nichts ausgemachter, als diese Behauptung. Nach diesem Gesetz soll der Fiscus wegen der aus dem mit dem Schuldner eingegangenen Contract herrührenden Forderung, vor dem Brautschatz den Vorzug haben, wenn er eher contrahirt hatte, als das Vermögen des Schuldners der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes verhaftet wurde. Ohne Zweifel wandte man dies auf den, in dem *L.* 28. *D. de Iure fisci* enthaltenen Fall an, und glaubte, daß auch in Rücksicht auf das Pfandrecht, der Fiscus dem anderen Pfandgläubiger, in dem nach dem Contract erworbenen Vermögen zuvorgekommen sey, und daher demselben vorgezogen werden müsse.

Aber konnte wohl durch das Responsum eines Papinian und Ulpian die Hypothek des Fiscus in eine privilegirte verwandelt werden [45])? Diese Frage ist allerdings zu verneinen, aber was relevirt sie hier? die Entscheidung beyder Rechtsgelehrten ist einmahl in die

Pandecten aufgenommen, und ist jetzt Gesetz. War sie gleich grundfalsch, so hat sie doch Justinian bestätiget, und damit zugleich das dem Fiscus darin beygelegte privilegirte Pfandrecht.

44) Im Pfandrecht S. 243.

45) Diesen Einwurf macht Eichmann in der Erläuterung seiner Abhandlung vom Pfandrecht des Fiscus S. 8. gegen Schott in der unpartheyischen Critik. 52. St. S. 170.

§. 251.

Fortsetzung.

Das privilegirte Pfandrecht des Fiscus, welches Ulpian nebst dem Papinian im *L.* 28. *D. de Iure fisci*, dem Fiscus, in dem nach abgeschlossenem Contract von dem Schuldner erworbenen Vermögen, zueignet, scheint Scävola im *L.* 21. *pr. D. qui potiores in pignor.* zu verkennen. Titius, heißt es daselbst, Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia sua bona, quae habebat, quaeque habiturus esset: postea mutuatur a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum suum debitum consequatur. Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Viele Rechtslehrer wollen eine offenbare Antinomie in den Entscheidungen des Scävola und des Ulpian finden, dahingegen andere eine Vereinigung, wiewohl meistentheils mit schlechtem Erfolg, versucht haben [46]). Am richtigsten ist wohl die Meinung des Cujaz [47]), nach welcher in diesem Gesetz gar nicht davon die Rede ist, ob der Fiscus der Seia

in

in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners vorgezogen werden müsse, sondern vielmehr von einem ganz anderen Fall, der sich folgendergestalt verhält. Titius hatte der Seja, wegen einer Forderung, wozu er ihr wegen geführter Vormundschaft condemnirt wurde, sein gesammtes Vermögen, sowohl sein gegenwärtiges als zukünftiges, verpfändet. Nachher schloß er mit dem Fiscus einen Anlehnscontract ab, und verpfändete diesem auf gleiche Art sein Vermögen, trug hierauf der Seja einen Theil der Schuld ab, und wegen des Restes ging er mit ihr eine Novation ein, und fügte derselben eine abermalige Verpfändung seiner Habe und Güter hinzu. Nun entstand eine Concurrenz des Fiscus mit der Seja, und es wurde die Frage aufgeworfen: ob die Seja in dem Vermögen, was Titius zur Zeit der entstandenen Verbindlichkeit, und nachher erworben hatte, dem Fiscus vorgezogen werden müsse, und Scävola bejahet solches. Nimmt man nun auf die vorgelegte Streitfrage und deren Grund genau Rücksicht, so ergiebt sich sogleich, daß hier nicht von dem Vorzug der Seja vor dem Fiscus in den, nach dem mit dem Titius abgeschlossenen Contract, erworbenen Gütern die Rede ist, sondern von denen, welche vor dem Contract, und nach der Entstehung der Verbindlichkeit, womit Titius der Seja verhaftet war, erworben wurden, und davon auch nur die Worte: item in his rebus quas post priorem obligationem adquisivit, verstanden werden können. Denn die Frage wurde um deswillen aufgeworfen, weil man glaubte: das Recht der Seja, als ältere Pfandgläubigerin dem Fiscus vorzugehen, sey durch die Novation verlohren gegangen, und dieser Meinung war Scävola nicht, sondern er hielt vielmehr nur dafür, daß das bereits erlangte Pfandrecht bloß bestätiget, und wiederholt worden, und daher entschied er die Frage dahin, daß die Seja nicht allein in Ansehung des zu der Zeit, wo ihre Forderung entstanden war, vorhan-

denen Vermögens, sondern auch des, was der Schuldner nachher, NB. bis auf die Zeit, wo der Fiscus mit ihm den Anlehnscontract abgeschlossen hatte, erwarb, vorgehen sollte. Den Vorzug des Fiscus in dem nach abgeschlossenem Contract erworbenen Vermögen, zog Scävola gar nicht in Abrede, und ging seine Entscheidung darauf nicht, weil darüber die Frage sich nicht erstreckte.

46) Vergleiche Wolbers in Observat. C. 3.

47) *L. X. Obs.* 22.

§. 252.

Fortsetzung.

So weit von dem Vorzugsrecht des Fiscus an und für sich selbst. Nun wollen wir auch untersuchen: welche Güter des Schuldners, mit dem der Fiscus contrahirt hat, als nach abgeschlossenem Contract erworbene Güter angesehen werden können? weil auf diese nur allein sich das Privilegium des Fiscus erstreckt. Halten wir uns strenge an den *L.* 28. *D. de Iure fisci*, so muß unter den nach dem Vertrag erworbenen Gütern, jeder Zuwachs verstanden werden, den das Vermögen des Schuldners nach dem mit dem Fiscus abgeschlossenen Contract erhält, es möge derselbe aus den bereits zur Zeit des geschlossenen Contracts von dem Schuldner besessenen Gütern, oder aus einem neuen Erwerb herrühren. So wenig auch das letztere einem Zweifel unterworfen ist, so sehr scheint sich doch das erstere bestreiten zu lassen, und es fehlt auch nicht an Rechtslehrern [48]), welche schlechthin nicht zugeben wollen, daß die von dem Schuldner zwar nach dem Contract mit dem Fiscus, allein mit seinem vorigen Vermögen erworbenen Güter für solche bona post contractum quaesita gehalten werden könnten, in welchen dem Fiscus das Vorzugsrecht gebühre. Allein sobald man nur die Sache in genaue Erwägung zieht,

so

so heben sich diese Zweifel bald von selbst. Denn so wird 1) in dem *L.* 2×. *D. de iure fisci* dem Fiscus schlechthin ein Vorzugsrecht in der re debitoris postea quaesita beygelegt, mithin wo das Gesetz nicht distinguirt, darf auch der Rechtsgelehrte solches nicht thun. 2) So gehören auch zu den bonis postea acquisitis, wovon hier die Rede ist, alle und jede Güter, die der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus erwarb, sie mögen nun mit seinem schon habenden Vermögen angeschafft, oder sonst erworben werden, denn allemal bleiben sie doch in Rücksicht auf die gegenwärtige Acquisition neuerworbene Güter. Es kann diesemnach nicht darauf ankommen, ob der Schuldner etwas erkauft, oder durch den Tauschcontract erwirbt, oder ob ihm dasselbe so zufällt und erworben wird. Sobald solcher Erwerb sich nur nach dem mit dem Fiscus abgeschlossenen Contract ereignet hat, steht demselben das Vorzugsrecht in diesem Vermögen zu. Man möchte entgegen setzen, daß ja das Pfandrecht der älteren Gläubiger sich darüber erstrecke, was der Schuldner mit dem Vermögen, welches er zur Zeit des mit dem Fiscus abgeschlossenen Contracts schon besaß, erworben hat, indem dieses an die Stelle des abgegangenen Vermögens trete. Allein dieser Einwand ist bloß scheinbar. Denn tritt gleich das, was der Schuldner mit seinem vorher gehabten Vermögen erwirbt, wieder in so ferne an dessen Stelle, daß es seinem Vermögen einverleibt wird, so wirkt doch dieses an die Stelle treten nicht auch zugleich, daß das den Gläubigern an dem abgegangenen Vermögen erworbene Pfandrecht auch an diesem nun neuerworbenen gleiche Eigenschaft mit dem vorigen erhält, sondern an diesem muß das Vorzugsrecht des Fiscus begründet werden, weil er mit den anderen schon vorhandenen Pfandgläubigern hieran zu gleicher Zeit ein Pfandrecht erworben hat, und ihnen vermöge seines Privilegiums daher vorgehen muß [49]).

48) BER-

48) BERGER in Oeconom. Iur. L. 2. T. 5. th. 3. nr. 1. Struben rechtliche Bedenken. Th. 1. Bed. 38.

49) Hellfeldt a. a. O. §. 27. 28. Eichmann in der Erläuterung seiner Abhandlung vom Pfandrecht des Fiscus. §. 3.

§. 253.

Fortsetzung.

Da Ulpian in dem mehrmahls erwähnten *L.* 28, *D. de Iure fisci* ganz allgemein eines mit dem Fiscus abgeschlossenen Contracts Erwähnung thut, so müssen wir auch annehmen, daß dem Fiscus das privilegirte Unterpfand so oft zuständig sey, als er mit jemandem contrahirt hat, der Contract möge hinausgehen, worauf er wolle. Es steht demselben daher auch an dem Vermögen seiner Administratoren zu, welches dieselben nachher, da sie bereits in seine Dienste getreten waren, erworben hatten, indem er auch mit diesen als contrahirt zu haben angenommen werden muß [50]). Auf allen Fall kann indeß dieses fiscalische Privilegium denjenigen nicht nachtheilig seyn, welche schon vorher, ehe noch der Schuldner die Sache erwarb, daran ein Pfandrecht hatten.

Sonst entsteht noch bey diesem privilegirten Unterpfandsrecht des Fiscus die Frage: Wem die Last auflige, den Zeitpunct des Güter-Erwerbs zu beweisen, wenn zwischen dem Fiscus und anderen Pfandgläubigern darüber gestritten wird, wer zuerst befriedigt werden müsse. Es giebt Rechtslehrer, welche dem Fiscus die Last des Beweises allein aufbürden, ferner solche, die dafür halten, daß die anderen mit dem Fiscus concurrirenden Gläubiger zur Beweisführung verbunden wären, und endlich solche, die unter mancherley Distinctionen die Frage entscheiden [51]). Da der Fiscus in Rücksicht auf die Beweisführung keines besondern Privilegiums sich zu erfreuen hat, so würde die Frage eigentlich nicht nach

beson-

besonderen Grundsätzen, sondern vielmehr nach der allgemeinen Regel: affirmanti incumbit probatio, entschieden werden müssen, mithin würde es bey dem Streit, welcher über die Erstigkeit zwischen dem Fiscus und den anderen Gläubigern verführt wird, darauf ankommen, wer sich auf einen affirmativen Satz begründete. Allein hier beym Concurse der Gläubiger gewinnt die Sache eine ganz andere Gestalt, und kann von diesen Grundsätzen kein Gebrauch gemacht werden. Der Fiscus sowohl als die übrigen Gläubiger führen hier ihre Erstigkeit aus, und da nun die älteren hypothekarischen Gläubiger dem Fiscus als einem jüngeren in der Regel vorgehen müssen, so muß der Fiscus, wenn er den Vorzug vor ihnen behaupten will, immer darthun, daß der Schuldner, nach dem mit ihm eingegangenen Contract, Vermögen erworben habe, in welchem ihm das Vorzugsrecht gebühre.

50) Hellfeld: a. a. O. §. 30.

51) Man sehe die verschiedenen Meinungen bey Hellfeldt a. a. O. §. 32.

§. 254.

Fortsetzung.

Das privilegirte Pfandrecht des Fiscus, von welchem ich bisher gehandelt habe, nimmt übrigens nicht von der Zeit des Contracts, sondern vielmehr von der Zeit seinen Anfang, wo dem Schuldner die Güter, welche ein Gegenstand desselben sind, neu erworben werden. Es schränkt sich auch nur bloß auf diese, und zwar dergestalt ein, daß wenn deren gar keine in der Masse mehr vorhanden sind, der Fiscus überall keinen Platz in der zweyten Classe, und sonst nur in so weit die nach dem Contract erworbenen Güter zureichen, in derselben verlangen kann [52]).

Uebrigens kann nach der richtigern Meinung dem Fiscus dies nicht entgegen stehen, daß vielleicht die von dem

dem Schuldner nach abgeschlossenem Contract neuerworbenen Güter außerhalb Landes und in einem andern deutschen Reichslande belegen sind, indem sein privilegirtes Pfandrecht aus dem gemeinen Recht abgeleitet werden muß, und vermöge desselben alle nach dem mit ihm abgeschlossenen Contract von dem Schuldner erworbenen Güter afficirt, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen [53]).

52) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 204.

53) Hellfeldt a. a. O. §. 36.

§. 255.

Von der Art und Weise, wie die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe geschieht.

Wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger dieser Classe nicht zureicht, so muß die Bezahlung derselben, weil sie alle Pfandgläubiger sind, nach der Erstigkeit der Zeit geschehen, wenn nicht einer oder der andere derselben, vermöge der Verordnung der Gesetze, einen Vorzug vor allen anderen zu begehren berechtiget ist.

Daß einige von den bisher benannten privilegirten Pfandgläubigern anderen, wenn auch gleich solche älter sind, bey den Römern vorgezogen worden, liegt in den Gesetzen klar am Tage. Wie aber heutiges Tages dieser Vorzug zu bestimmen sey, ist unter den Rechtslehrern sehr streitig. Der Grund des Streits ist in den überaus großen Vorrechten zu suchen, welche Justinian dem Brautschatz beylegte, und wodurch er denselben vor anderen Schulden, die aus des Mannes Vermögen bezahlt werden mußten, so sehr erhob. Im *L.* 12. *C. qui potiores in pignore* sagt Justinian mit ausdrücklichen Worten: Sancimus ex stipulatu actione, quam mulieribus iam pro dote instituendam dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, PO-

TIORA

TIORA IURA CONTRA OMNES HABERE MARITI CREDITORES, LICET ANTERIORIS SINT TEMPORIS PRIVILEGIO VALLATI — — licet res dotales vel ex his aliae comparatae non exstent. Offenbar legt das Gesetz der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes den Vorzug vor allen Gläubigern des Mannes bey, wenn auch dieselben älterer Hypotheken genieſſen. Es würde auch das Gesetz sehr mißverstanden heißen, wenn man, wie einige Rechtslehrer glauben [54]), annehmen wollte, daß Justinian der Frau den Vorzug blos vor solchen älterern Pfandgläubigern einräumen wollen, welche mit einer stillschweigenden, nicht aber denen, welche mit einer ausdrücklichen Hypothek versehen sind, indem Justinian in dem Gesetze keinen Unterschied macht, und es gerade seiner Absicht entgegen seyn würde, wenn wir einen solchen Unterschied machen wollten [55]). Ueberdies hat Justinian in der Novelle 97. Kap. 3. der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes auch den Vorzug vor solchen Personen beygelegt, welche zur Erwerbung, Wiederherstellung und nothwendigen Erhaltung einer Sache Geld angeliehen, und sich ein Unterpfand bedungen hatten, mithin also sogar vor privilegirten Pfandgläubigern. Novimus, heißt es in der gedachten Novelle, et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere iuniores exiſtentes, ex privilegiis a legibus datis: quale eſt, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forſan aedificare, aut etiam emi agrum, aut aliquid horum: in his enim omnibus *priores* exiſtunt *poſteriores* creditores, *quorum pecuniis emta aut renovata res eſt, iis qui etiam multo antiquiores ſunt.* Quaeſitum eſt igitur, ſi mulier praetendens privilegium ſuper ANTIQUA DOTE et augmentum in quo etiam hoc ſervatur privilegium, (ſicuti praedictum eſt), prioribus voluerit praeponi creditoribus: veniat autem

et alter CREDITOR POSTERIOR QUIDEM, praetendens autem pecuniis ſuis emtam aut reparatam navem, aut domum, aut agrum, aut competere, eum in his rebus, quae eius pecuniis emtae aut reparatae ſunt habere praedictum privilegium: utrum oporteat dotem etiam talibus praeponi: in aliis quidem praevalere creditoribus, quicunque non talia praetendunt: his autem cedere, quoniam ex eorum ſubſtantia res acquiſita eſt. Plurimum igitur ſuper his cogitantes, *non invenimus mulierem iuſte exiſtentem cedere alicui tali privilegio* — — volumus igitur ſecundum hoc, ut ſi quis domum renovaſſet, aut etiam agrum emiſſet, *non poſſit talia privilegia mulieribus opponere* — —. Juſtinian erkennt ſelbſt in dieſem Geſetze das Pfandrecht derjenigen Perſonen, welche zur Wiederherſtellung, zur Erkaufung und nothwendigen Erhaltung einer Sache Geld hergeſchoſſen oder angeliehen haben, ſo wirkſam, daß es allen übrigen Pfandgläubigern ſoll vorgezogen werden können, allein dem Brautſchatz will er doch daſſelbe nachgeſetzt wiſſen. Nehmen wir indeß auf den Sinn dieſer Juſtinianeiſchen Verordnung genau Rückſicht, ſo ergiebt es ſich, daß ſolche keinesweges ſo allgemein iſt, als viele Rechtslehrer ſie annehmen [56]), denn Juſtinian will hier nur blos diejenigen dem Brautſchatz nachgeſetzt wiſſen, welche ein jüngeres privilegirtes Pfandrecht, wegen des zur Erkaufung, Wiederherſtellung und nothwendigen Ausbeſſerung einer Sache creditirten Geldes, erhalten haben [57]). Denn ſonſt würde nicht von einer ANTIQUA DOS und einem CREDITOR POSTERIOR die Rede ſeyn können. In der angeführten Novelle iſt daher nur blos entſchieden worden, daß die Ehefrau wegen ihres Brautſchatzes denjenigen vorgezogen werden ſoll, welche zur Erkaufung, Wiederherſtellung und nothwendigen Ausbeſſerung einer Sache creditirt haben, wenn dieſe erſt nach der Einbringung des Brautſchatzes zu

dem

dem ebengedachten Zweck Geld vorgeschossen, und also ein jüngeres privilegirtes Pfandrecht erhielten. Diejenigen also, welche vor der Einbringung des Brautschatzes zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung einer Sache Geld anliehen, und also ein älteres privilegirtes Pfandrecht erhalten hatten, gehen auch noch dem Brautschatz vor, und es scheint, als wenn dieser Punct bey den Römern nie bezweifelt worden, denn sonst würde Justinian seine Entscheidung gewiß allgemeiner gefaßt haben.

Gesteht nun gleich Justinian der dos antiqua vor jüngeren privilegirten Pfandgläubigern der mehr erwähnten Art das Vorzugsrecht zu, so macht er jedoch selbst in Ansehung des crediti in emendam militiam in dem Capitel 4. der Novelle 97. einigermaßen eine Ausnahme: Quia vero, heißt es daselbst, et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum MILITANT pecuniis, et OPORTET EOS QUI IN HAS CREDIDERUNT CAUSAS PRAEPONI: sancimus, si quis crediderit aurum occasione militiae, sive statutum fieri, vel pro aliis, quibusdam talibus causis; et EXPRESSIM HOC IPSUM SCRIBATUR IN INSTRUMENTO: et in hoc fiat pactum, UT CASU PROVENIENTE PRIOR SIT SOLUS, QUI AD HOC CREDIDERIT: et HUIC SOLO CASUI CEDERE MULIEREM; neque facile credendum, neque per testes, sed negotio ex scripto gesto, et testium habente subscriptiones et ipso opere procedente: tunc enim, si per omnem huiusmodi viam causa procedat, suspicionem non habeat, et competit contrahentes propriis non privari: aliis omnibus praevalere mulierem, secundum quod iam a nobis eis datum est privilegium. Nach diesem Gesetz soll derjenige Gläubiger der Ehefrau in Ansehung ihres Brautschatzes vorgezogen werden, welcher in emendam militiam creditirt, und sich ein Unterpfand

terpfand bedungen hat, wenn er auch gleich jünger ist, vorausgesetzt nur, daß er sich in einer schriftlichen und von Zeugen beglaubten Urkunde, worin des crediti in emendam militiam ausdrücklich Erwähnung geschieht, hat versprechen lassen: daß ihm ausschließlich wegen seiner Forderung das Vorzugsrecht gebühren solle.

54) LEYSER in Meditat. ad Pandect. *Sp.* 13. *M.* 13. Westphal Versuch einer Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrecht. S. 236. u. a. m. Vergleiche übrigens noch *Car. Frid.* WALCH pr. Reliquiae controversiae inter Bulgarum de Bulgaris et Martinum Gosiam de praelatione dotis. *Ien.* 1785.

55) *Io. Aug.* HELLFELDT in D. de diverso pignoris Iure liberis in bonis parentum competente §. *XIX.* in Opuscul. *No. VII.* Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 171.

56) *Arg.* authent. *quo Iure C. qui potiores in pignore*, welche aber aus der Novelle 97. erklärt werden muß.

57) Hellfeldt a. a. O §. *XXIII.*, welcher auch ein hierher gehöriges Erkenntniß beygebracht hat.

§. 256.

Fortsetzung.

Ich habe oben §. 227. gezeigt, daß der Kriegsfiscus wegen der Primipilar-Schuld dem Brautschatz der Ehefrau nach dem ältern Recht vorgezogen worden; ob aber dieses Vorzugsrecht desselben noch heutiges Tages, nachdem Justinian die Vorrechte des Brautschatzes so ansehnlich erhöhet hat, sich vertheidigen lasse, ist eine andere Frage. Ich glaube allerdings, und zwar aus folgenden Gründen. Erstens, hat Justinian die ältern Gesetze, welche von dem Vorzug des Kriegsfiscus reden, nicht ausdrücklich aufgehoben, und wenn er gleich im *L. ult. C. qui potiores in pignore* von der Ehefrau sagt,

daß

daß sie in Hinsicht auf ihren Brautschatz potiora iura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati, haben soll, so ist doch hier unter der generellen Benennung — der Gläubiger des Ehemannes, gewiß nicht der Fiscus, am allerwenigsten, wie er doch hier betrachtet werden muß, in der Qualität eines privilegirten Pfandgläubigers, zu verstehen. Dazu kommt zweytens, daß selbst Justinian den Fiscus eben so wie seine Vorfahren begünstigte, und kann daher das, was Justinian vom Brautschatz in Beziehung auf andere Gläubiger festgesetzt hat, nimmerhin auch von dem Fiscus gelten, und auf denselben angewendet werden. Ich halte daher dafür, daß nicht nur der Kriegsfiscus wegen der Primipilar-Schuld, sondern auch der Fiscus [58]) wegen der aus einem mit dem Schuldner abgeschlossenen Contract herrührenden Forderung, in so ferne das von demselben nach dem Contract erworbene Vermögen zureicht, dem Brautschatz der Ehefrau in der Befriedigung vorgezogen werden müsse. Denn allemahl bleibt es gewiß, daß die Erhebung des Brautschatzes nirgends zum Nachtheil der fiscalischen Rechte geschehen ist, sondern daß dieselben, wenn gleich nicht ausdrücklich, doch stillschweigend, dabey aufs beste sind erhalten worden [59]).

Eine Frage bleibt es nun noch: ob der Fiscus auch denjenigen vorgezogen werden müsse, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung einer Sache Geld hergeschossen haben, indem selbst Justinian von diesen in der Novelle 97. Cap. 3. sagt: daß sie sonst allen anderen Creditoren vorgehen müssen, und im entgegen gesetzten Fall gewiß kein Streit darüber entstanden wäre, ob sie oder der Brautschatz den Vorzug haben sollten. Da in den Gesetzen hierüber nichts deutlich bestimmt ist, so muß der Punct aus der Analogie seine Berichtigung erhalten. Steht nämlich dem Fiscus, wie ich erwiesen habe, das Vorzugsrecht ganz allgemein

gemein vor dem Brautschatz zu, so muß ihm auch dasselbe vor den eben gedachten Gläubigern gestattet werden.

58) Das Gegentheil behauptet H. G. J. R. Walch in introduct. in controversias iuris civilis p. 802. nebst anderen daselbst angeführten Rechtslehrern, aus dem Grunde, weil *L.* 28. *D. de Iure fisci* bloß des Vorzugsrechts des Fiscus vor einem simpeln hypothekarischen Gläubiger Erwähnung thue. Allein die dürre Entscheidung in diesem Gesetz, daß der Fiscus in den nach abgeschlossenem Contract von dem Schuldner erworbenen Gütern das Vorzugsrecht haben soll, und der vom Ulpian hinzugefügte Grund: praevenit enim caussam pignoris fiscus, rechtfertiget sehr gut meine Behauptung.

59) *Fr. Esai.* PUFFENDORFF Observat. iuris universi *T.* 3. *Obs.* 13. *Ioh.* BRUNNEMANN de concursu creditorum. *Cap.* 5. und andere mehr, welche bey Walch a. a. O. nachgesehen werden können. Die Rechtslehrer, welche meiner Behauptung zugethan sind, theilen sich wieder in zwey Classen. Einige gestatten dem Fiscus vor dem Brautschatz ohne allen Unterschied den Vorzug, andere hingegen nur in so ferne, als die Hypothek des Fiscus älter, als die des Brautschatzes ist.

§. 257.

Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt halte ich nun dafür, daß die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe folgendergestalt geschehen müsse:

I) Der Kriegsfiscus wegen der Primipilar-Schuld.

II) Der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner eingegangenen Contract herrührenden Forderung, in so weit die nach dem Contract erworbenen Güter zureichen.

III) Diejenigen, welche zur Erkaufung sowohl einer militia, als etwas anderen, ferner zur Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung einer Sache, Geld vorgeschossen haben, und eines älteren Pfandrechts, als die Frau wegen ihres Brautschatzes genießen.

IV) Die-

IV) Diejenigen, welche ad emendam militiam creditirt, und die in der Novelle 97. Cap. 4. bemerkten Erfordernisse beobachtet haben, obgleich ihr Pfandrecht jünger ist, als das der Ehefrau.

V) Die Ehefrau wegen ihres Heirathsguts, dessen Vermehrung, Früchten und Zinsen, ingleichen die Braut wegen des vorausbezahlten Heirathsguts.

VI) Diejenigen, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung und Ausbesserung einer Sache Geld angeliehen, aber ein jüngeres Unterpfand haben, als die Ehefrau. Ingleichen auch derjenige, welcher, nachdem die Ehefrau bereits das stillschweigende privilegirte Unterpfandsrecht erhalten hatte, ad militiam emendam creditirt, und sich zwar ein Pfandrecht an der erkauften militia ausbedungen, nicht aber die in der Novelle 97. Cap. 4. angeordneten Erfordernisse beobachtet hat.

VII) Der Pupill in Ansehung der Sache, welche jemand mit seinem Gelde erkauft hat.

Nr. I. und II. laufen einander gleich, und müssen im Fall der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens pro rata befriediget werden. Nr. III. enthält Gläubiger, wo über den Vorzug eigentlich kein Streit entstehen kann, indem ein jeder aus der ihm besonders verpfändeten Sache seine Befriedigung bekommen muß. Sollten mehrere in einer Sache wegen ihres crediti concurriren, hat eine Befriedigung nach dem Alter statt. Wenn bey Nr. IV. mehrere Gläubiger, die in emendam militiam creditirt haben, concurriren, müssen sie ebenfalls nach dem Alter befriediget werden. Bey Nr. V. ist in Hinsicht auf das Vorzugsrecht, und im Verhältniß zu Nr. III. auf die Zeit der Auszahlung, oder Einbringung des Brautschatzes Rücksicht zu nehmen *). Die unter der Nr. VI. und VII. begriffenen Gläubiger können wieder nicht in Collision gerathen, weil ein jeder aus der ihm besonders verpfändeten Sache seine Befriedigung erhalten muß.

Auf

Auf den Fall jedoch, wo mehrere zur Erkaufung einer Sache u. s. f. Geld angeliehen haben, findet eine Befriedigung nach dem Alter statt **).

*) Nicht auf die Vollziehung der Hochzeit. Zwar behauptet der verdienstvolle H. G. J. R. Walch in dem Programm Reliquiae controversiae inter Bulgarum de Bulgaris et Martinum Goslam de praelatione dotis, am Ende, daß die Ehefrau die qualificirte Hypothek, vermöge welcher sie den von mir angewiesenen Platz einnimmt, erst von der Zeit an genieße, wo die Hochzeit vollzogen worden, wenn auch schon die Mitgabe eher ausgezahlt worden, und daher sey auch der Braut in Ansehung der voraus bezahlten Dotalgelder nur bloß eine Stelle unter den hypothekarischen Gläubigern anzuweisen. Allein ich kann mich davon durchaus nicht überzeugen, wenn ich auf die Veranlassung und den Zweck des Justinianeischen Privilegiums Rücksicht nehme. Vergleiche Paul Jakob Feuerlin de privilegio dotis sponsae competente. *Altd.* 1772.

**) Emelin in der Ordnung der Gläubiger S. 194. weicht sowohl überhaupt, als auch insbesondere in Ansehung des crediti in emendam militiam von den hier vorgetragenen Grundsätzen ab. Er unterscheidet dabey nemlich drey Fälle: 1) wenn jemand zur Erkaufung einer militia Geld angeliehen und sich zugleich ein Vorzugsrecht ausbedungen hat. 2) Wenn jemand zur Erkaufung einer militia Geld angeliehen und sich ein Unterpfand ausbedungen hat, und zwar in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde. Endlich 3) wenn jemand zur Erkaufung der militia Geld vorgestreckt hat, aber ohne die gesetzlichen Erfordernisse zu beobachten sich ein Vorzugsrecht oder Unterpfand ausbedungen hat. Im ersten Fall verstattet er dem in militiam creditirten Gelde den Vorzug vor allen anderen privilegirten Pfandgläubigern dieser Classe. Im zweyten Fall weist er demselben hinter der Ehefrau seinen Platz an, und im letzten und dritten Fall will er, daß dasselbe allen privilegirten Pfandgläubigern dieser Classe nachgesetzt werden soll. Ich habe diese Distinction um deswillen ganz vernachlässiget, weil ich davon so wenig in der Novelle 97. Cap. 4., als in anderen Gesetzen etwas finde. Uebrigens muß ich noch bemerken, daß ich hier am meisten Erxleben in dem tract. de Iure pignor.

gnor. et hypothec. §. 239. gefolgt bin, ob ich mich gleich doch auch großer Abweichungen schuldig gemacht zu haben bekennen muß.

Dritte Classe,
welche die mit einem nicht privilegirten Unterpfand versehenen Gläubiger enthält.

§. 258.
Einleitung.

Die dritte Classe begreift alle diejenigen Gläubiger, deren Forderung mit einem nicht privilegirten Unterpfand versehen ist. Daß diese wegen des aus ihrem Unterpfand entstehenden dinglichen Rechts allen Gläubigern, welche kein Unterpfand haben, vorgehen müssen, wenn auch gleich diese mit einem persönlichen Privilegium versehen sind, fließt schon aus der Natur der Sache. Zum Ueberfluß bestätigen es auch die Gesetze: Eos, rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximinian im *L. 9. C. qui potior. in pignore*, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, PRIVILEGIIS OMNIBUS, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constat.

§. 259.
Untersuchung, wie die in diese Classe gehörigen Gläubiger auf einander folgen.
Verordnung des Kaisers Leo.

Nach dem Pandectenrecht liefen alle einfache Unterpfänder, sie mochten seyn, von welcher Art und Gattung sie wollten, schlechthin einander gleich, und blos die Erstigkeit der Zeit gab hier den Ausschlag. Allein nachdem Kaiser Leo in einer besondern Verordnung denjenigen Gläubigern, die ihr

Pfandrecht auf öffentliche Instrumente begründen und daraus beweisen würden, den Vorzug vor andern verliehen hat, so ist die Befriedigung der Pfandgläubiger dieser Classe sehr streitig geworden. Es gehört allerdings zu unserm Zweck, uns mit jener Verordnung des Kaisers Leo genauer bekannt zu machen, indem wir sonst nicht im Stande sind, die Ordnung der Gläubiger dieser Classe richtig zu bestimmen. Sie ist im *L.* 11. *C. qui potiores in pignore* enthalten, und lautet folgendergestalt:

Scripturas, quae saepe solent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis, nec ne, transigendi, vel pacisendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae *ἰδιόχειρα* graece appellantur; sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris, vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur. Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Der ganze Inhalt des Gesetzes läßt sich füglich unter drey Abschnitte bringen. Im ersten Abschnitt verordnet Leo, daß, wenn eine Personalklage angestellt wird, die, über das Geschäfft, woraus solche entspringt, angefertigten Instrumente, so oft als sie nur von den Contrahenten eigenhändig unterschrieben worden, als Instrumenta quasi publica gelten sollen. Im zweyten Abschnitt wird gesagt, daß, wenn jemand aus dergleichen

chen Instrumenten ein Pfandrecht verfolgen würde, alsdann demjenigen der Vorzug zuständig seyn solle, welcher sich auf öffentliche Documente stützen könnte, wenn er auch gleich, der Zeit nach, jünger seyn sollte. Im dritten Abschnitte heißt es, daß solche Instrumente, welche mit der Unterschrift von drey oder mehreren beglaubten, und in gutem Ruf stehenden Männern beglaubiget worden, als Instrumenta quasi publica angesehen werden sollten.

§. 260.

Grund derselben. Genauere Beleuchtung ihres Inhalts.

Der Inhalt dieser Leoninischen Verordnung ergiebt es mehr denn zu deutlich, daß dieselbe eigentlich zu der Lehre von Instrumenten gehört, ob sie gleich, vermuthlich aus dem Grunde, weil des Pfandrechts darin gedacht wird, dem Titul des Coder: qui potiores in pignore, einverleibet worden. Der Grund von alle dem, was in diesem Gesetz gesagt worden, ist in der so himmelweit von einander unterschiedenen Glaubwürdigkeit zu suchen, welche die Römer öffentlichen und Privat-Urkunden beylegten. Es ist bekannt, daß die Römer allen Privat- oder eigenhändigen Scripturen wenig, oder fast gar keine Glaubwürdigkeit beylegten. Einmal war die Form der Instrumente in den Gesetzen, um denselben Glaubwürdigkeit zu verschaffen, dahin bestimmt, daß solche nicht nur von den Contrahenten, sondern auch von den Zeugen unterschrieben und untersiegelt werden sollte. War diese Form beobachtet, so war das Instrument ein öffentliches (publicum), dahingegen dasjenige, was nicht mit der Unterschrift der Zeugen, und mit Siegeln versehen war, ein Privat-Instrument (privatum) ἰδιόχειρα genannt wurde. Solche Privat-Instrumente hatten keine Glaubwürdigkeit, besonders gegen einen dritten [60]); wie dieses deutlich Paullus [61]) lehrt, wenn

er sagt: Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus, ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum supra linum cerea signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem inferiori servent. Aliter prolatae nil momenti habent.

Prüfen wir nach diesen im kurzen entwickelten Sätzen, die drey Abtheilungen jenes leoninischen Gesetzes, so wird es uns sehr leicht werden, einer jeden derselben auf den wahren Grund zu kommen. Der Kaiser Leo verstattet in der ersten Abtheilung seines Gesetzes, daß sowohl aus öffentlichen, als Privat-Instrumenten persönliche Klagen sollen angestellt werden können, hier also aller Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Instrumenten wegfallen soll. Und warum? weil persönliche Klagen nur gegen diejenigen, mit welchen die Verhandlung unternommen worden, und die angestellet werden können, welche deren facta zu prästiren verbunden sind. In beyden Fällen ist aber von der Regel: scriptura contra scribentem probat, Gebrauch zu machen, und kann daher der Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Scripturen nichts releviren. Ein ganz anderes Verhältniß tritt bey dinglichen Klagen ein, und daher hält der Kaiser Leo in der zweyten Abtheilung seines Gesetzes hier sehr auf den Unterschied zwischen einem öffentlichen und Privat-Instrument, und verstattet denjenigen den Vorzug, welche aus einem öffentlichen Instrument das Pfandrecht verfolgen, vor anderen, die ein gleiches thun, aber sich auf ein Privat-Instrument begründen, wenn auch gleich das Pfandrecht der letzteren nach dem Instrument älter ist. Denn unter mehreren Pfandgläubigern giebt die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Diese aber läßt sich nicht füglich gegen den, der sich auf ein öffentliches Instrument begründet, aus einem Privat-Instrument darthun. Man kann

sich

sich nicht darauf verlassen, ob sie nicht retrodatirt sind. Haud raro secrete fiunt, sagt selbst das Gesetz, und die Erfahrung lehrt, daß die Schuldner sehr oft zum Schaden anderer Gläubiger, und um einen jüngeren zu begünstigen, demselben ein älteres Datum in der Verschreibung setzen. Sehr weise ist daher diese Verordnung des Kaisers Leo, und eben so weise die, welche die dritte Section des Gesetzes enthält, daß Privat-Urkunden, die mit der Unterschrift dreyer oder mehrerer unbescholtenen Männer versehen sind, in der Beweiskraft den öffentlichen Urkunden zur Seite stehen sollen. Denn auch hier fällt der Verdacht einer von dem Schuldner begangenen Unrichtigkeit weg.

Die Absicht der Leoninischen Verordnung ist offenbar, den Unterschleif, den etwa die Schuldner bey der Bestellung der Pfandrechte begehen könnten, zu verhüten. Da es also nach derselben nur auf einen völligen Beweis der eigentlichen Zeit der Ausstellung anzukommen scheint, so sollte man glauben, daß das Gesetz nicht mißverstanden werde, wenn man einer älteren schriftlich verstatteten Privat-Hypothek, bey der die Zeit der Ausstellung auf andere Art als durch das Bekenntniß des Schuldners vollkommen und zuverlässig erwiesen werden kann, den Vorzug vor einer jüngeren öffentlichen, oder gleichsam öffentlichen verstatten wollte. Allein da der Kaiser Leo einmahl in Rücksicht auf die Hypotheken, welche aus einem Instrument verfolgt werden, etwas bestimmtes festsetzen wollte, so würde, wenn man davon abweichen wollte, die Verordnung selbst wieder untergraben werden, und daher halte ich dafür, daß man am besten thut, wenn man bey den dürren Worten derselben stehen bleibt [62]).

60) BALDUIN in iure novo *L.* I. in HEINECCII thesaur. Iurisprud. Roman. et Atticae *T.* I. *p.* 1140.

61) Sen-

61) Sententiar. *L. V. Tit.* 25. §. 6.
62) Ernst Christian Westphal im Pfandrecht S. 246.

§. 261.

Fortsetzung.

Man sehe bey jener Leoninischen Verordnung auf den bloßen Wortverstand, oder auf den Sinn derselben: in beyden Fällen wird man finden, daß darin weiter nichts als dieses enthalten ist, daß im Fall der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger, wovon einige sich auf öffentliche, andere hingegen sich auf Privat-Urkunden begründen, die ersteren den letzteren vorgezogen werden sollen. Das Gesetz geht also blos diejenigen Pfandgläubiger an, die ihr Pfandrecht aus Urkunden oder Instrumenten verfolgen. Da aber schriftliche Aufsätze zur Bestellung eines Pfandrechts nicht nöthig sind, sondern blos zum Beweise dienen, so giebt es auch Hypotheken ohne Instrumente, deren Gültigkeit nichts desto weniger einem Zweifel unterworfen ist. Dahin gehören alle stillschweigende oder gesetzliche Hypotheken, und selbst diejenigen Privat-Hypotheken, die vor Zeugen, oder sonst ohne Instrumente sind bestellet worden. Auf alle diese ist die Verordnung des Kaisers Leo nicht anzuwenden, die blos bestimmt, was Rechtens seyn soll, wenn mehrere Pfandgläubiger mit einander concurriren, wovon einige aus öffentlichen, andere hingegen aus Privat-Instrumenten ihre erhaltenen Hypotheken verfolgen. Bey allen anderen schlechten Hypotheken muß es nach der vorigen Regel gehen [63]).

So klar diese Behauptung auch ist, so fehlt es doch nicht an Rechtslehrern, welche aus dem *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* vertheidigen, daß den öffentlichen Hypotheken darin vor allen anderen der Vorzug eingeräumt worden, mithin auch die stillschweigenden Hypotheken den öffentlichen nachgehen müßten. Denn, sagen sie, da vorher alle nicht privilegirte Hypotheken

nach

nach dem Zeitalter ihren Platz angewiesen erhielten, so scheint es nicht nur, sondern ist auch ohnstreitig gewiß, daß der Kaiser Leo, indem er den Hypotheken, deren Zeitalter aus einem öffentlichen Instrument bewiesen werden konnte, den Vorrang ertheilte, die gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken nach gleichen Grundsätzen mit den Privat-Hypotheken beurtheilet, und auch ihnen die öffentlichen vorgezogen wissen wollte. Außerdem halten sie die Verordnung des Kaisers Leo für ein correctorisches Gesetz, das überhaupt zur Absicht gehabt habe, eine Veränderung in der Rangordnung der Hypotheken hervorzubringen.

Allein prüft man diese Gründe nur mit einiger Aufmerksamkeit, so ist ihre Unrichtigkeit so auffallend, daß es nur ein Paar Worte bedarf, um solche in ihrer vollen Blöße darzustellen. Denn so ist es 1) den klaren Worten des Gesetzes entgegen, daß Kaiser Leo überhaupt den öffentlichen Hypotheken vor den Privat-Hypotheken den Vorrang habe ertheilen wollen. Im *L.* 11. *C. de pignor.* kommt mit keiner Sylbe etwas von dem Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Hypotheken vor, sondern die ganze Verfügung dieses Gesetzes betrifft einzig und allein die Beweiskraft der Instrumente, und darauf gründet sich auch nur die Entscheidung, daß Hypotheken, deren Zeitalter aus einem öffentlichen, oder gleichsam öffentlichen Instrument constirt, denen vorgezogen werden sollen, wo dieses nur durch ein Privat-Instrument beglaubiget werden kann. Nirgends aber sagt Kaiser Leo ganz allgemein, daß eine Hypothek, auf welche man aus einem öffentlichen Instrument Anspruch macht, einer Privat-Hypothek vorgehen solle, welche nicht aus einem Instrument, sondern auf eine andere Art, z. B. durch glaubwürdige Zeugen, erwiesen werden soll. Und wie konnte er solches auch sagen, oder einmahl daran gedenken, wenn man nur irgend auf den Grund seiner Verfügung Rücksicht nimmt.

63) *Io. Aug.* HELLFELDT de praerogativa hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente §. XX. *seq.* in seinen Opuscul. *Nr. IX. p.* 205. ERXLEBEN de Iure pignoris et hypothecarum. §. 243.

§. 262.

Fortsetzung.

Auf keinen Fall läßt es sich auch 2) erweisen, daß Kaiser Leo die stillschweigenden Hypotheken nach gleichen Grundsätzen mit den Privat-Hypotheken beurtheilet, und da er den öffentlichen Hypotheken den Vorgang vor den Privat-Hypotheken eingeräumet, auch dieses in Ansehung der stillschweigenden habe angenommen wissen wollen. Zwar bin ich weit davon entfernt, mit Hellfeldt [64]) zu behaupten, daß den stillschweigenden Hypotheken das Vorzugsrecht vor denjenigen Privat-Hypotheken, deren Daseyn und Alter aus Privat-Instrumenten constirt, gebühre, und daher Argumente zur Vertheidigung meiner Behauptung zu nehmen, sondern schon der Grund der Leoninischen Verordnung bürgt dafür, daß Kaiser Leo das oben gedachte nicht wollte. Denn wie kann der Unterschleif, der bey Privat-Hypotheken so häufig vorkommt, und dem sich hier Leo entgegensetzen wollte, bey stillschweigenden Hypotheken statt haben? Und wo redet denn das Gesetz überhaupt von anderen Hypotheken, als bloß von solchen, deren Daseyn sowohl, als Alter aus einem Instrument bewiesen werden soll.

Eben so wenig läßt es sich 3) darthun, daß die *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* in Ansehung der Rangordnung der Hypotheken überhaupt ein correctorisches Gesetz ist. Wäre sie dieses, so hätte sie weit allgemeiner gefaßt werden müssen, als sie jetzt gefaßt ist, so hätte nicht bloß darin bestimmt werden können, was im Fall der Concurrenz solcher Hypotheken, welche theils

aus

aus öffentlichen, und theils aus Privat-Instrumenten erwiesen werden müssen, Rechtens sey. So wenig der Grund des Gesetzes, der selbst in demselben deutlich angegeben ist, als der Inhalt des Gesetzes, läßt dies annehmen, sondern es bleibt ohnstreitig gewiß, daß Leo blos auf die Concurrenz solcher Hypotheken, welche aus öffentlichen und Privat-Instrumenten des Daseyns und des Alters der Zeit nach, erwiesen werden sollen, Rücksicht genommen habe.

64) a. a. O. §. XXIV.

§. 263.

Fortsetzung.

So wenig es sich aus der *L.* 11. *C. qui potiores in pignore* vertheidigen läßt, daß Kaiser Leo das, was er von der Hintenansetzung solcher Hypotheken verordnet, deren Daseyn und Alter aus Privat-Documenten constirt, von allen Privat-Hypotheken, und auch sogar von den gesetzlichen habe verstanden wissen wollen, eben so wenig läßt es sich aus diesem Gesetz behaupten, daß der Vorzug, welcher in demselben denjenigen Privat-Hypotheken, deren Alter und Daseyn aus öffentlichen Instrumenten erwiesen werden kann, beygelegt worden, auch von jeder Hypothek gelten und angenommen werden müsse, welche wir heut zu Tage eine öffentliche Hypothek nennen. Offenbar unrichtig ist daher die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche vermöge der Analogie dieses Gesetzes jedem pignus publicum a modo constituendi tale das Vorzugsrecht vor anderen Hypotheken beylegen [65]). — Und vollends unrichtig die Behauptung derjenigen [66]), welche dafür halten, daß alle pignora tam a modo constituendi, quam a cauſſa efficiente publica, wie sie sich ausdrücken, anderen Hypotheken vorgehen müssen. Es kann auch der weitere Begriff, den wir heut zu Tage mit einem pignus publicum a cauſſa efficiente tale verbinden, und der so sehr von dem

des römischen Rechts verschieden ist, diese Behauptung nimmer rechtfertigen, wenn nicht solche durch besondere Landesgesetze unterstützt wird. Bey den Römern waren diejenigen Hypotheken öffentliche, welche sich auf Instrumenta publice confecta gründeten, dahingegen alle diejenigen, deren Daseyn und Alter aus Privat-Instrumenten erwiesen werden mußte, zu den Privat-Hypotheken gerechnet wurden. Es gab bey den Römern eine dreyfache Art öffentlicher Instrumente. Es gehörten nemlich dahin 1) diejenigen, welche von den Contrahenten und Zeugen unterschrieben und untersiegelt waren, 2) diejenigen, welche den actis iudicialibus insinuirt wurden, und endlich 3) die, welche von einem tabularius publicus waren angefertigt worden. Alle andere Instrumente wurden zu den Privat-Instrumenten gerechnet, bis daß Kaiser Leo denjenigen, welche die Unterschrift von drey glaubwürdigen und untadelhaften Männern enthielten, zu instrumenta quasi publica erhob. Die Eintheilung der Hypotheken in öffentliche und Privat-Hypotheken, bezog sich also bey den Römern blos auf solche, die aus Instrumenten constirten.

Viel anders fassen wir heutiges Tages und nach deutschen Rechten den Begriff einer öffentlichen Hypothek. Wir verstehen darunter eine solche, die unter Auctorität des Richters zu Stande gekommen ist, oder von demselben wenigstens ist bestätiget worden. Zwischen unseren öffentlichen Hypotheken und denen, welche es nach dem römischen Recht waren, ist ein himmelweiter Unterschied, nicht nur in Hinsicht auf die Entstehungsart, sondern auch der Absicht, die dabey zum Grunde liegt. Denn so ist 1) bey unseren öffentlichen Hypotheken die Darzwischenkunft des Richters allemahl nöthig, welches bey den Römern ja nicht der Fall war. 2) So fassen wir auch den Begriff einer öffentlichen Hypothek viel weiter als die Römer, bey welchen die Eintheilung in öffentliche und Privat-Hypotheken blos auf solche bezogen wurde, deren

Daseyn

Daseyn und Alter aus einem Instrumente erwiesen werden sollte. Bey uns hingegen kann eine öffentliche Hypothek auf alle und jede Gattungen der Hypotheken bezogen werden, sobald nur das richterliche Ansehen dabey concurrirt. Ich übergehe andere Unterschiede, die nur in besonderen landesgesetzen ihren Grund haben, z. B. daß zur Bestellung einer öffentlichen Hypothek nicht blos die richterliche Bestätigung, sondern eine Erklärung vor dem Richter, daß man jemandem eine Hypothek bewilliget haben wolle, ingleichen das Einschreiben derselben in den sogenannten Hypotheken-Büchern, erfordert wird [67]).

65) Emelin in der Ordnung der Gläubiger S. 256.

66) *Dan.* NETTELBLADT in iurisprudentia gener. posit. Germanor. communi §. 824. Unter pignora a modo constituendi publica versteht er solche Hypotheken, die zwar vom Schuldner, allein interveniente publica autoritate bestellt sind. Unter pignora a causa efficiente publica hingegen solche, welche die Gesetze oder der Richter ertheilen. Nettelbladt folgt hier dem Hellfeldt in der D. de praerogativa hypothecae publicae, tacitae aeque ac expressae competente §. 9., welcher stillschweigende Hypotheken für öffentliche hält, oder vielmehr Just. Henn. Böhmer in Exercit. ad Pandect. *Tom.* 3. *Exercit.* 60., der ebenfalls diese Eintheilung beliebt hat. Ich kann hiebey nicht umhin, das Urtheil von Hoffacker über diese Eintheilung herzusetzen. Periculosa, sagt er, sane res est rebus diversis nomen idem imponere, idque saepissime mentes non satis providas confundit, in der D. de praerogativa pignor. publicor. *Tubingae* 1780. §. 5.

67) Hellfeldt a. a. O. §. 40. f., wo dieser Unterschied sehr gut entwickelt ist.

§. 264.

Bemerkungen zur Beförderung einer richtigen Theorie in Ansehung der Ordnung der Gläubiger dieser Classe.

Nimmer gelangt man in dieser Classe zu einer richtigen Bestimmung der Ordnung der Gläubiger, wenn

man

man sich nicht zuvörderst genau an die Theorie des römischen Rechts vom Vorzug der Pfandgläubiger hält, und hernach untersucht, welche Anwendung davon heutiges Tages zu machen ist.

Es ist ein ausgemachter Grundsatz des älteren römischen Rechts, daß der Vorzug der Hypotheken unter einander, das privilegirte Pfandrecht allein ausgenommen, durch die Erstigkeit der Zeit allein bestimmet werden muß, ohne Unterschied, die Hypotheken mögen gesetzliche und stillschweigende, oder von dem Richter oder durch ein Testament, oder endlich durch einen Vertrag bestellet seyn [68]). So gewiß dieses ist, eben so gewiß ist es auch, daß ein Gläubiger, der mit dem andern über den Vorzug der Hypothek streitet, beweisen muß, daß seine Hypothek älter, als die des andern ist. Diesen Beweis kann er nun sowohl durch Zeugen als auch durch Instrumente führen, und in dem letztern Fall hat Kaiser Leo verordnet, daß derjenige Gläubiger, welcher seine conventionelle Hypothek aus einem öffentlichen Instrument beweisen würde, demjenigen vorgezogen werden sollte, der seine Hypothek dem Alter nach aus einem Privat-Instrumente darthun würde. Der Kaiser Leo bestimmt zugleich die Eigenschaft des Instruments, aus welchem nur nach römischen Principien eine sogenannte öffentliche Hypothek entstehen kann. Sobald also nicht conventionelle Hypotheken mit einander concurriren, die theils aus öffentlichen, theils aus Privat-Instrumenten dem Alter nach erwiesen werden können, so ist von dieser Leoninischen Verordnung gar kein Gebrauch zu machen. Es kann auch nicht, wie einige Rechtslehrer glauben, das testamentarische Pfandrecht und ein anderes Pfandrecht, das sonst aus einer glaubwürdigen Urkunde constirt, zu den öffentlichen Hypotheken nach dem Sinn des Kaisers Leo gerechnet werden, indem dieser Kaiser blos das Conventional-Pfandrecht zum Gegenstand seiner Gesetzgebung machte.

Die

Die Rangordnung der Gläubiger dieser Classe würde daher nach dem römischen Recht blos durch die Erstigkeit der Zeit bestimmt werden müssen, wenn

1) blos stillschweigende, judicielle, testamentarische und conventionelle Hypotheken mit einander concurrirten, ohne Unterschied, ob das Alter der letztern aus einem solchen Instrument constirt, das ihnen die Eigenschaft öffentlicher Hypotheken giebt, oder nicht [69]). Dahingegen

2) wenn blos conventionelle Hypotheken mit einander concurriren, so würde folgende zwiefache Regel anzunehmen seyn:

a) wenn öffentliche conventionelle Hypotheken mit andern conventionellen concurriren, deren Alter nicht aus einem Privat-Instrument, sondern anders woher bewiesen wird, so giebt die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

b) Wenn öffentliche Hypotheken mit solchen conventionellen concurriren, deren Alter blos nur aus einem Privat-Instrument bewiesen werden kann, so sind durchgehends die erstern vorzuziehen; und unter den ersteren giebt wieder die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

68) *L. 8. C. qui potiores in pignore. L. 4. C. eod. L. 10. D. qui potiores in pignore.* Westphal im Pfandsrecht §. 149.

69) Carl Christ. Hoffacker in der angeführten Diss. §. 20. scheint denjenigen Hypotheken nach dem römischen Recht ohne Unterschied den Vorzug vor den Privat-Hypotheken nach dem Sinn des Kaisers Leo beyzulegen, deren Alter aus einem öffentlichen Instrument constirt, als z. B. der testamentarischen Hypothek arg. *L. 2. pr. D. testamenta quemadmodum aperiantur* und der daselbst befindlichen Worte: tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est, *quin potius publicum est*

instru

instrumentum. Allein ich kann diese Grundsätze bey einer richtigen Interpretation des Leoninischen Gesetzes nicht gelten lassen.

§. 265.

Fortsetzung.

Da das römische Recht bey uns in Deutschland als ein gemeines Recht gilt, so würde diese Theorie, weil nichts ihrer Anwendbarkeit entgegensteht, auch noch heutiges Tages allerdings befolgt werden müssen, wenn nicht ein besonderer Umstand einträte, der ihre Anwendbarkeit, wenigstens im Ganzen, zweifelhaft macht. Nach dem heutigen Recht nemlich kommt zu den, den Römern bekannten Hypotheken noch eine besondere Gattung hinzu, die man im eigentlichen Verstande des Worts, gerichtliche oder öffentliche nennt, die aber himmelweit von den dem römischen Recht unter diesem Namen bekannten Hypotheken verschieden sind. Man versteht darunter alle solche Hypotheken, die unter öffentlicher Auctorität sind bestellet, oder von dem Richter bestätiget worden. Die Bestellung der Hypotheken dieser Art beruht in Deutschland eigentlich in der Willkühr des Schuldners und Gläubigers, wenn nicht in besonderen Landesgesetzen deren Nothwendigkeit anerkannt worden, wie solches in den meisten deutschen Landen bey der Verpfändung unbeweglicher Sachen um deswillen geschehen ist, damit den übermäßigen und betrügerischen Verpfändungen der Schuldner Maaß und Ziel gesetzet werden möchte, zu welchem Ende auch die sogenannten Hypotheken-Bücher eingeführt sind, in welchen das bestellte Pfandrecht verzeichnet werden muß.

§. 266.

Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt, lassen sich nun heutiges Tages folgende verschiedene Arten von Hypotheken annehmen:

I. Con-

I. Conventionelle Hypotheken
1) ausdrückliche
a) öffentliche *)
α) im Sinn des heutigen Rechts. Diejenigen, welche unter öffentlicher Auctorität sind bestellet und bestätiget worden.
β) im Sinn des römischen Rechts. Diejenigen, deren Alter aus einem Instrumento publico oder quasi publico in Gemäßheit der L. 11. C. qui potiores in pignor. constirt.
b) Privat-Hypotheken
α) im Sinn des heutigen Rechts. Alle ausdrückliche conventionelle Hypotheken, die nicht unter obrigkeitlicher Auctorität bestellt sind. — Also auch selbst diejenigen Hypotheken, deren Alter in Gemäßheit der *L. 11. C. qui potior. in pignor.* aus einem Instrumento publico vel quasi publico constirt, gehören hieher.
β) im Sinn des römischen Rechts. Solche, deren Alter in Gemäßheit der *L. 11. C. qui potior. in pignor.* aus einem Instrumento privato constirt.
2) stillschweigende [70]).
II. Testamentarische Hypotheken.
III. Gerichtliche im Sinn des römischen Rechts, sowol prätorische als gerichtliche im engeren Verstande dieses Worts [71]).
IV. Gesetzliche oder stillschweigende Hypotheken [72]).

*) Im uneigentlichen Sinn nennt man auch noch alle diejenigen Hypotheken öffentliche, deren Alter aus einem obrigkeitlich beglaubten Instrument constirt, sie mögen übrigens seyn von welcher Gattung sie wollen.

70) Adolph

70) Adolph Dieterich Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht. Schwerin, Wismar u. Bützow 1783.

71) Westphal im Pfandrecht §. 43 folg.

72) Was die stillschweigenden oder gesetzlichen schlechten Unterpfänder nach dem gemeinen Recht anbetrifft, so finde ich es für nöthig, der Vollständigkeit halber, mich darüber noch etwas weiter zu verbreiten. Es gehört dahin nemlich

1. das Pfandrecht, welches dem Vermiether eines PRAEDII URBANI in den inferirten Sachen des Miethsmannes nach *L.* 4. *D. in quibus caussis pignus* zuständig ist. Unter praedium urbanum ist hier ein solches vermiethetes Grundstück zu verstehen, bey welchem der Gebrauch, wofür das Miethgeld entrichtet wird, nicht in perceptione fructuum, qui in fundo nascuntur, sondern in der Befugniß die Sache zu bewohnen oder Güter darin niederzulegen und aufzubewahren besteht *). *L.* 3. *D. in quib. caussis pignus. L.* 4. §. 1. *D. eod. L.* 198. *D. de V. S.* Es findet also dieses Unterpfand statt, bey der Vermiethung eines Hauses, eines Kellers, eines Ladens, einer Scheure, eines Stalles u. s. f., ja selbst bey Vermiethung eines leeren Platzes, damit gewisse Sachen darauf niedergelegt werden können. Uebrigens steht dieses Unterpfand dem Vermiether 1) wegen alles desjenigen zu, was derselbe aus dem Mieths-Contract zu fordern hat **), nicht aber was ihm der Miethsmann aus einem anderen Grunde schuldig ist ***); 2) es nimmt seinen Anfang von der Zeit, wo die Sachen sind eingebracht worden ****), und erstreckt sich 3) auf solche überhaupt, sie mögen seyn von welcher Art sie wollen †), vorausgesetzt, daß sie nur wirklich zu den eingebrachten Sachen gerechnet werden können, d. i. daß sie in der Absicht eingebracht worden, daß sie daselbst bleiben, und ihren gewöhnlichen Platz haben sollen. Es kommt auch nichts darauf an, ob der Miethsmann die Sachen selbst oder ein anderer eingebracht hat, ob er solche ausdrücklich hätte verpfänden können oder nicht, z. B. der Pupill ††). So relevirt es auch nichts, ob die Forderung des Vermiethers aus einem ausdrücklich eingegangenen Mieths-Contract, oder aus einer stillschweigenden Relocation herrührt †††).

*) Was in Rücksicht auf das Pfandrecht in den römischen Gesetzen unter praedium urbanum und rusticum verstanden werde, hat Koch in der D. de praedio urbano et rustico

stico. *Ien.* 1757. aus den Quellen selbst zu erläutern gesucht. Ich bin hier der Bestimmung des Herrn Prof. Webers in der Abh. über den wahren Sinn der *L. 5. C. de locato conducto §. 1. not. 1.* gefolgt, die mir die richtigste zu seyn scheint.

**) arg. *L. 2. D. in quib. causs. pign. L. 1. §. 4. D. de migrando.* Immer wird ein Miethscontract unterstellt, und ist dieser nicht vorhanden, sondern blos ein unentgeldlicher Gebrauch verwilliget, fällt das Pfandrecht hinweg. *L. 5. D. in quib. causs. pign.*

***) Struben rechtl. Bedenk. 3. Th. 12. Bed.

****) arg. *L. 11. §. 2. D. qui potior. in pignor. L. 9. pr. D. eod.*

†) Auch solche Sachen sind diesem Pfandrecht unterworfen, von welchen man sonst annimmt, daß sie bey einer ausdrücklichen Verpfändung nicht mit verpfändet worden. Zwar behauptet Gmelin in der Ordnung der Gläubiger S. 284 das Gegentheil, allein man muß, meiner Einsicht nach, zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Unterpfändern einen groben Unterschied machen.

††) Walch in controvers. iur. civilis. *p.* 427.

†††) Die Sachen, welche der, der von dem Miethsmanne wiederum einen Theil im Miethscontract genommen, eingebracht hat, sind zwar dem zweyten, nicht aber dem ersten Verleiher stillschweigend verpfändet. Gmelin in Comm. de iure pignoris vel hypothecae quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 25. *seq.* Zahlt daher der Aftermiethsmann seinen Miethszins, so hört mit seiner Verbindlichkeit auch das Pfand auf seinen eingebrachten Sachen auf, wenn gleich der erste Miethsmann seinen Zins noch schuldig ist. Sollte hingegen der Aftermiethsmann auch noch nicht bezahlt haben, so sind nach der Meinung der angesehensten Rechtslehrer arg. *L. 11. §. 5. D. de pignor. action.* dem ersten Vermiether auch die von dem Aftermiethsmann inferirten Sachen, für die Summe, welche dieser schuldig ist, verpfändet. Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 283. f.

2. Das Pfandrecht eines Verpachters eines PRAEDII RUSTICI nach *L. 7. D. in quibus cauſſis pignus* an den Früchten desselben. Unter praedium rusticum verstehen hier die Gesetze jedes Grundstück, welches zu dem Ende ist verpachtet worden, daß der Conductor die natürlichen Früchte, welche die Sache hervorbringt, genießen soll. Auf die mitgebrachten Geräthe des Pachters hat der Verpachter kein gesetzliches Pfandrecht *). Uebrigens fängt dieses Unterpfand an, sobald als die Früchte auf dem Gute entstehen, und ist auch das, was im vorigen Fall von dem Aftermiethsmann gesagt worden, auch hier auf den Afterpächter anzuwenden **).

*) Adolph Dieter. Weber über den wahren Sinn der *L.* 5. *C. de locato conducto* §. 2. Carl Friedr. Walch in introduct. in controvers. iuris civilis. *p.* 128.

**) Westphal im Pfandrecht. §. 103.

3. Das Pfandrecht, welches den Kindern in dem ganzen Vermögen ihres Vaters wegen ihrer von der Mutter erhaltenen Güter, und derer, welche mütterlicher Art (materni generis) sind, und vom Vater administrirt werden, zuständig ist *). Bona materna sind hier Güter, die die Kinder unmittelbar von der Mutter; materni generis die, so sie von den Verwandten mütterlicher Seits erhalten. Es gehört also auch hieher nach der richtigern Meinung das Pathengeld (pecunia lustrica), in so fern es dem Kinde von mütterlichen Anverwandten geschenkt worden **). Es ist auch dieses Unterpfand, wie einige irrig glauben, nicht auf den Fall einzuschränken, wo der Vater zur zweyten Ehe schreitet, sondern es steht den Kindern überhaupt wegen der vom Vater geführten Administration zu. Uebrigens nimmt dasselbe von der Zeit seinen Anfang, wo sich der Vater der Administration unterzog, und darf dieses Pfandrecht nicht mit dem von der Mutter wegen ihres Dotal- und Paraphernal-Vermögens ererbten Pfandrecht der Kinder verwechselt werden ***).

*) *L.* 8. §. *ult. C. de sec. nupt. L.* 6. §. *ult. C. de bonis quae liberis.* Hellfeldt de diverso pignoris iure liberis in bonis parentum competente §. 17. Noch in neuern Zeiten hat Fedden in der D. de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt, §. 6. folg. dieses Pfandrecht, wiewol aus sehr unzureichenden Gründen, zu bestreiten gesucht.

**) *Sixt. Iac.* Kapff de iure pecuniae lustricae *Germ.* Pathengeld speciat. in concursu creditorum §. 18.

***) Vergleiche Hellfeldt a. a. O.

4. Das Pfandrecht, welches den Kindern an dem Vermögen des zur zweyten Ehe schreitenden Ehegatten, wegen der demselben von dem verstorbenen zugewandten Sachen nach *L.* 6. §. 2. *C. de secundis nuptiis* zuständig ist, wovon ihnen nunmehr das Eigenthum zuwächst, und dem zur zweyten Ehe schreitenden Ehegatten bloß der Genießbrauch verbleibt *).

*) Einige Rechtslehrer, z. B. Hellfeldt a. a. O. §. 38., wollen die Verordnung des römischen Rechts blos von der Mutter verstanden wissen, allein die Absicht dieses Gesetzes rechtfertiget diese Behauptung.

5. Das Pfandrecht der Pupillen und Minderjährigen an dem ganzen Vermögen ihrer Vormünder und Pfleger, wegen desjenigen, so ihnen diese aus der geführten Verwaltung ihres Vermögens schuldig sind *), welches der Gerichtsbrauch auf die Rasenden und Wahnsinnigen **), ingleichen auf die öffentlich erklärten Verschwender ꝛc. und deren Curatoren ausdehnt. Auch giebt es die Praxis in den meisten Landen nach dem Exempel der Minderjährigen allen Kirchen, Hospitälern und andern piis corporibus an dem Vermögen ihrer Verwalter ***). Uebrigens nimmt dasselbe seinen Anfang von der Zeit an, wo die Verwaltung angefangen worden, auch erstreckt sich die stillschweigende Hypothek der Pupillen, wenn die Mutter ihrer Kinder Vormünderin geworden ist, nach *L. 6. C. in quib. causs. pignus* nicht allein auf dieser ihr Vermögen, sondern auch, wenn sie vor völlig abgelegter Vormundschaft wieder heirathet, auf das Vermögen des Stiefvaters.

*) *L. 20. C. de administr. tutorum.*

**) *L. final. §. 5. C. de curat. fur.*

***) Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 306.

6. Das Pfandrecht, welches der Ehefrau in Ansehung ihrer Paraphernal-Güter, oder überhaupt derjenigen, welche sie ihrem Ehemann außer dem Heirathsgut in die Ehe gebracht, und seiner Verwaltung überlassen hat, an dem ganzen Vermögen des Mannes zuständig ist, und von der Zeit des Einbringens der Paraphernal-Güter, und deren dem Manne überlassenen Administration seinen Anfang nimmt *).

*) *L. ult. C. de pact. convent.* Westphal Pfandrecht §. 93.

7. Das Pfandrecht, welches nach *L. 2. C. ex quib. causs. pignus vel hypotheca* dem Fiscus in dem vor dem Contract erworbenen Vermögen desjenigen, mit dem er contrahirt, zuständig ist, und welches ihm von den Gesetzen nicht allein wegen eines eigenen mit dem Schuldner, sondern auch von anderen, an deren Stelle er tritt, abgeschlossenen Contracts von der Zeit an, wo er in dessen Stelle tritt, zuständig ist *). So wie dem Fiscus wegen jeder Forderung aus einem Contract, eben so steht demselben, wegen der aus der geführten Administration entstandenen Schulden, ein stillschweigendes Pfandrecht nach *L. 46. §. 2. D. de Iure fisci* und *L. 1. und 2. C. in quib. causs. pignus vel hypotheca tacite contrah.* auf das ganze Vermögen seiner

Verwalter zu. Und zwar fängt sich dies fiscalische Pfandrecht mit dem Antritt der Administration im letzten Fall an, so wie es im ersten Fall sogleich seinen Anfang nimmt, als der Contract ist abgeschlossen worden **).

*) *L. 6. D. de iure fisci.*

**) HELLFELDT de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis §. 7. et 8. HENNE de iure fisci et hypotheca tacita in bonis administratorum rerum fiscalium competente §. 15. Die Praxis dehnt dieses Unterpfand auch auf Landstädte und andere, sowol geistliche als weltliche, Corpora aus. S. Gmelin Ordn. d. Gläub S. 328.

8. Das Pfandrecht derjenigen, welche eine Sache vermacht oder von Todes wegen geschenkt erhalten haben, an dem Vermögen des Erblassers, nach *L.* 1. §. 1. *C. Comm. de leg.*

9. Das Pfandrecht des Ehemannes an dem sämmtlichen Vermögen desjenigen, der ihm ein Heirathsgut zu geben versprochen, sein Versprechen aber noch nicht erfüllt hat, es sey die Person, so das Versprechen gethan, die Ehefrau selbst, oder ein anderer nach *L. un.* §. 1. *C. de R. V. Act.* –

Dies mag genug seyn. Ich wollte nur hier die vorzüglichsten ausgemachten stillschweigenden schlechten oder einfachen Hypotheken zu desto geschwinderer Uebersicht angeben. Eine weitläuftigere Ausführung hat Gmelin a. a. O. Kap. 4. geliefert, welche aber meiner Meinung nach hierher nicht gehört, sondern die Lehre vom Pfandrecht beym Concurse vorausgesetzt, und nur die Ordnung derselben angegeben werden muß. Wegen der streitigen stillschweigenden Hypotheken ist das oft angeführte vortreffliche Werk des H G. J. R. Westphals vom Pfandrecht 5. Kapitel zu vergleichen.

§. 267.

Untersuchung,

auf welche Art die Befriedigung der schlechten Pfandgläubiger in dieser Classe geschehen müsse.

Wir haben uns bisher mit den verschiedenen Gattungen der Hypotheken, welche heutiges Tages vorkommen, bekannt gemacht; nun wollen wir auch zur Untersuchung der Frage schreiten: Wie muß die Befriedigung

digung der Pfandgläubiger in dieser Classe geschehen? Diese ist nach dem gemeinen Recht nicht so leicht, als manche Rechtslehrer geglaubt haben. Die gewöhnliche Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, erschöpft im mindesten die Sache nicht, indem die Eintheilung der Hypotheken in öffentliche und Privat-Hypotheken nach dem römischen Recht sich blos auf solche Hypotheken bezieht, deren Daseyn und Alter aus Instrumenten erwiesen werden soll, nach deutschem Recht hingegen diese Eintheilung darauf Bezug nimmt, ob eine Hypothek gerichtlich ist bestellt und bestätigt worden oder nicht, und endlich nach dem Sprachgebrauch auch solche Hypotheken öffentliche überhaupt genannt werden, die aus einer gerichtlichen Urkunde constiren, mithin in dieser Rücksicht die gerichtlichen Hypotheken, und auch bisweilen die gesetzlichen dahin gerechnet werden müssen, im Entgegensatz derselben aber alle andere, Privat-Hypotheken sind. Wie kann man also bey so heterogenen Dingen, jene den Juristen so geläufige Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, allgemein anwenden, ohne in Gefahr zu gerathen, die größten Ungereimtheiten zu begehen?

Schon die angesehensten Rechtslehrer haben diese Schwierigkeiten bemerkt, und sich bemühet, der Sache durch eine gründliche Beurtheilung abhelfliche Maaße zu verschaffen. Ich will hier nur eines Böhmers[73]), Hofackers[74]) und Hellfeldts[75]) der Kürze halber Erwähnung thun. Die Entscheidung des letztern insbesondere verdient es, daß ich sie hier wörtlich auszeichne. In re, sagt er, tot obnoxia difficultatibus, mea eo redit sententia. Hypothecae iudiciali auctoritate munitae, quorsum non solum confirmatas, sed quoque iudiciales stricte tales, et praetorias refero, iure meritoque praeferuntur extraiudicialibus, in publico licet instrumento constitutis, quia ex analogia et harmonia

legum patriarum ad alienationem aeque ac oppignerationem iudicis neceſſaria eſt auctoritas. Extraiudiciales vero, ſi de iis inſtrumenta exſtant publica, praerogativa gaudeant prae mere privatis, niſi forſan leges provintiales iis omnem iuris realis effectum denegant. Nam deficiente lege patria, valet ius Romanum in ſubſidium. Was die ſtillſchweigenden oder geſetzlichen Hypotheken anbetrifft, ſo will auch Hellfeldt [76]) dieſe zu der Claſſe der gerichtlichen gerechnet, und mit denſelben nach gleichen Grundſätzen beurtheilet wiſſen.

Ich muß aufrichtig geſtehen, daß ich mich von den Lehrſätzen Hellfeldts ſo wenig, als anderer Rechtslehrer, die ihm wenigſtens in der Hauptſache beyſtimmen, überzeugen kann. Man ſieht es ihnen bey einem etwas genaueren Nachforſchen nur zu ſehr an, daß die Verfügungen beſonderer Landesgeſetze in Deutſchland, als Diſpoſitionen des gemeinen deutſchen Rechts unterſtellt ſind: und noch oben drein eine unrichtige Anwendung von der Verordnung des Kaiſers Leo im *L.* 11. *C. qui potiores in pignore* gemacht worden. Ich ſetze vielmehr folgende Lehrſätze feſt, deren Beweis ich ſogleich hernach führen will.

I) Wenn in einem Lande durch beſondere Geſetze angeordnet iſt, daß überhaupt keine conventionelle Hypothek gültig ſeyn ſoll, welche nicht vor dem Richter iſt beſtellt, und von demſelben beſtätiget worden, weiter aber wegen des Vorzugs nichts verordnet iſt, ſo muß im Fall der Concurrenz ſolcher öffentlichen Hypotheken mit den teſtamentariſchen gerichtlichen und ſtillſchweigenden, blos die Erſtigkeit der Zeit den Ausſchlag geben.

II) Wenn in beſonderen Geſetzen eines Landes die Verfügung getroffen iſt, daß alle Hypotheken, deren Alter aus einer gerichtlichen Urkunde conſtirt, anderen vorgezogen werden ſollen, ſo gehen nicht nur die vor dem Richter beſtellten Conventional-

Hypo-

Hypotheken, sondern auch die gerichtlichen im Sinne des römischen Rechts die testamentarischen und selbst die gesetzlichen Hypotheken, in so fern ihr Daseyn und Alter aus einer gerichtlichen Urkunde constirt, allen anderen Hypotheken vor, und unter ihnen selbst giebt wiederum die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. In Ansehung der anderen Hypotheken, geht es nach den Grundsätzen des römischen Rechts.

III) Besagen Landesgesetze, daß alle von dem Richter bestätigte Conventional-Hypotheken den Vorzug behaupten sollen, so muß ihnen derselbe durchgehends vor allen anderen Hypotheken gestattet werden, sie seyn von welcher Art sie wollen. In Ansehung der ersteren giebt alsdann wieder die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag, und in Ansehung der letzteren geht es wieder nach den gemeinen und römischen Rechten. Endlich

IV) wenn wegen des Vorzugs der Hypotheken in besonderen Landesgesetzen nichts angeordnet, sondern entweder blos nur verfügt worden, daß Conventional-Hypotheken auf liegende Gründe eine richterliche Untersuchung und Bestätigung, und die Verzeichnung in die sogenannten Hypothekenbücher nöthig haben sollen, oder überhaupt die richterliche Bestätigung der Willkühr der Contrahenten überlassen ist, so muß in Ansehung der Rangordnung der Hypotheken folgende Norm beobachtet werden:

1) Alle gerichtlich bestätigte Conventional-Hypotheken, ferner diejenigen, deren Alter aus einem instrumentum publicum l. quasi publicum nach *L.* 11. *C. qui potior. in pignore* constirt, und endlich diejenigen Hypotheken, deren Anfang überhaupt aus einer öffentlichen Urkunde erwiesen werden kann, sind durchgehends denjenigen Conventional-Hypotheken vor-

vorzuziehen, deren Anfang aus einer Privat-Urkunde nach *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* erwiesen werden soll. Unter ihnen aber giebt wiederum die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

2) Bey der Concurrenz der gerichtlich bestätigten Hypotheken, ingleichen der übrigen, welchen in der vorigen Nummer der Vorzug eingeräumt worden, mit anderen Hypotheken, die nicht Conventional-Hypotheken sind, deren Alter aus einer Privat-Urkunde constirt, findet kein besonderer Vorzug statt, sondern es giebt blos die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Es gehören dahin alle Conventional-Privat-Hypotheken, deren Anfang nicht aus Privat-Urkunden erwiesen werden soll, sie mögen ausdrückliche oder stillschweigende seyn, ferner die testamentarischen und gesetzlichen, deren Anfang nicht aus öffentlichen Urkunden constirt, sondern auf eine anderweitige Art erwiesen werden muß.

3) Im Fall, daß solche Conventional-Hypotheken, deren Alter aus einer Privat-Urkunde nach *L.* 11. *C. qui pot. in pignor.* erwiesen werden soll, mit solchen Conventional- und anderen Hypotheken concurrirten, deren Anfang zwar nicht aus öffentlichen Urkunden, jedoch auf eine mehr sichere Art dargethan werden kann, z. B. durch beglaubte Zeugen, so würde nach der Analogie der *L.* 11. *C. qui pot. in pign.* den letzteren allerdings vor den ersteren der Vorzug einzuräumen seyn. Alles mit Beobachtung der Regel von der Erstigkeit der Zeit.

73) In der D. de praerogativa hypothecarum publicarum. C. 1. §. 13. folg.

74) In

74) In der oben angeführten Dissertation am Ende.

75) a. a. O. §. 48.

76) a. a. O. §. 49.

§. 268.

Fortsetzung.

Nun zur Vertheidigung der niedergeschriebenen Lehrsätze selbst. Es ist eine ausgemachte Wahrheit, daß es in Deutschland kein allgemeines deutsches Gesetz giebt, welches verordnet, daß sowohl gerichtlich bestellte und bestätigte, als andere Hypotheken, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirt, vor allen anderen den Vorzug haben sollen. Aus dem römischen Recht läßt sich ebenfalls die Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, nicht durchgehends vertheidigen, wie ich oben sattsam erwiesen habe. Eben so wenig läßt sich ein allgemeines Herkommen, oder ein allgemeiner Gerichtsbrauch in Deutschland erweisen, wodurch durchgehends der Vorzug der gerichtlich bestellten und bestätigten Unterpfänder sowohl, als anderer, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirt, behauptet würde. Blos einer Verwechselung römischer und deutscher Begriffe und einer unrichtigen Anwendung der Leoninischen Verordnung im *L. ult. C. qui potior. in pignor.* hat jener Lehrsatz seine Entstehung zu verdanken.

Ist dieses richtig, und den Beweis vom Gegentheil sehe ich noch nicht ein, so kann ich dreist meine oben aufgestellten Lehrsätze vertheidigen. Verordnen die Landesgesetze nur blos, daß überhaupt keine Conventional-Hypotheken gültig seyn sollen, welche nicht vor dem Richter sind bestellt und bestätigt worden, so folgt hieraus noch gar kein Vorzug vor anderen Hypotheken, sondern sie müssen mit denselben gleiche Rechte genießen, doch freilich so, daß die unter der No. IV. zum Grunde gelegten Lehrsätze dabey befolgt werden. Verordnen die

Landesgesetze, daß alle aus einer gerichtlichen Urkunde constirende Hypotheken anderen vorgehen sollen, nun so hat es dabey sein Bewenden, und ist in Ansehung der anderen die Vorschrift des gemeinen Rechts zu befolgen. Eben dies ist der Fall, wenn es in Landesgesetzen heißt: daß alle vom Richter bestätigte Conventional-Hypotheken durchgehends den Vorzug genießen sollen. Denn im Zweifel würde sonst dieser Vorzug nur vor den vom Richter nicht bestätigten Conventional-Hypotheken zu verstehen seyn. Ist endlich in den Landesgesetzen nichts hierüber verfügt, oder nur blos verordnet, daß Hypotheken auf Grundstücken nicht anders gültig, als mit richterlicher Erlaubniß bestellt und von dem Richter jedesmal bestätiget werden sollen, so müssen wir das befolgen, was aus einer richtigen Zusammenstellung römischer und deutscher Grundsätze folgt, und was uns dazu die Analogie an die Hand giebt. Ich habe 1) behauptet: daß alle vom Richter bestätigte Conventional-Hypotheken, ferner diejenigen, deren Anfang aus einem Instrumentum publicum oder quasi publicum constirt, und endlich diejenigen, deren Anfang sich überhaupt aus einer öffentlichen Urkunde beweisen läßt, denjenigen Conventional-Hypotheken vorgezogen werden müssen, deren Anfang aus einer Privat-Urkunde nach *L.* 11. *C. qui potior. in pign.* erwiesen werden soll. Ich rechtfertige diesen Satz folgendergestalt. Die Absicht des Kaisers Leo, welcher verordnete, daß alle Hypotheken, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirte, denjenigen, die aus einer Privat-Urkunde erwiesen wurden, vorgehen sollten, war keine andere als die, die Betrügereyen der Schuldner und insbesondere des Retrodatirens zu verhüten. Darum legte er schlechthin einer Hypothek, die aus einem Instrumentum publicum oder quasi publicum constirte, den Vorzug vor einer solchen bey, die aus einem Privat-Instrument erwiesen wurde. Eine eben so starke Glaubwürdigkeit hat auch heutiges Tages die gerichtlich bestell-

te und bestätigte Hypothek in Ansehung ihres Alters, ingleichen auch jede andre nicht Conventional-Hypothek, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde ersichtlich ist. Warum sollen wir also auch diesen nicht die Wirkungen beylegen, die Leo seiner aus einem Instrumentum publicum oder quasi publicum zu erweisenden Conventional-Hypothek gab, da dies die Analogie so gut rechtfertiget? Ich habe ferner 2) behauptet, daß wenn gerichtlich bestätigte Hypotheken, und andere, denen ich vorher den Vorzug eingeräumt habe, mit solchen Hypotheken concurrirten, deren Alter nicht aus einer Privat-Urkunde im Sinn der *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.*, sondern auf eine andre Art dargethan wird, kein besonderer Vorzug der ersteren statt haben könne. Ich setze hierbey voraus, daß das Alter der Hypotheken der letztern Art mit voller Glaubwürdigkeit dargethan werden kann. Ich brauche diesen Satz nicht erst weitläuftig zu rechtfertigen, sondern ich kann mich nur auf das beziehen, was ich oben bey der Erläuterung der *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* gesagt habe. Der Grund der Leoninischen Verordnung fällt hier ganz weg, mithin muß auch die Verfügung derselben wegfallen, und läßt sich daher kein Vorzug derjenigen Conventional-Hypotheken behaupten, deren Anfang aus öffentlichen Urkunden constirt. Und eben so wenig ein Vorzug der gerichtlich bestellten und bestätigten, als anderer nicht conventioneller, deren Anfang eine öffentliche Urkunde gewiß machte, indem der im vorigen Fall denselben eingeräumte Vorzug sich auf die Analogie des *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* begründete, wovon hier überhaupt kein Gebrauch, also auch kein analogischer zu machen ist. Daß ich endlich 3) diejenigen Conventional-Hypotheken, deren Alter aus einer Privat-Urkunde im Sinn der *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* constirt, denjenigen Hypotheken nachsetze, deren Alter zwar nicht aus einer öffentlichen Urkunde, aber doch auf eine andre völlig

glaub-

glaubwürdige Art dargethan werden kann, rührt aus einer analogischen, und wie ich glaube, ganz richtigen Anwendung des Leoninischen Gesetzes her. Denn daß auf einen solchen Beweis mehr zu bauen ist, als auf das bloße Bekenntniß des Schuldners in einer Privat-Urkunde, ist unstreitig gewiß. Auch die Absicht des Kaisers Leo rechtfertiget diese Lehrsätze, welche keine andere war, als die Betrügereyen der Schuldner dadurch zu verhüten, daß er die Gläubiger anspornte, sich nach besseren Beweisen des Alters ihrer Hypothek umzusehen.

§. 269.

Fortsetzung.

Die Ordnung der schlechten hypothekarischen Gläubiger in dieser Classe, und die Art ihrer Befriedigung würde demnach in Maaßgabe des gemeinen Rechts nachstehende seyn:

1) Die, welche eines conventionellen vor dem Richter bestellten, oder von demselben bestätigten Unterpfandes genießen.
2) Die, welche mit einer Conventional-Hypothek versehen sind, deren Anfang aus einem instrumentum publicum nach *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* constirt.
3) Die, welche eine Conventional-Hypothek haben, deren Anfang durch glaubwürdige Zeugnisse erwiesen werden kann, sie möge eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn.
4) Die, welche ein prätorisches oder anderes gerichtliches Pfandrecht erhalten haben.
5) Die, welche eines testamentarischen Unterpfands genießen.
6) Die, welche ein gesetzliches Unterpfand haben, dessen Anfang aus einer öffentlichen Urkunde bewiesen werden kann.

7) Die,

7) Die, welche ein gesetzliches Unterpfand haben, dessen Anfang zwar nicht aus einer öffentlichen Urkunde, wohl aber auf eine andere völlig glaubwürdige Art erwiesen werden kann.

8) Die, welche eines conventionellen Unterpfandes genießen, dessen Alter aus einer Privat-Urkunde nach *L.* 11. *C. qui potior. in pignor.* erwiesen werden soll.

9) Diejenigen, welche zwar eines Unterpfands theilhaftig sind, dessen Anfang aber so wenig aus einer öffentlichen Urkunde, als auf eine andere völlig glaubwürdige Art darthun können.

Nummer 1 — 7. laufen einander völlig gleich, und giebt unter ihnen blos die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Sie müssen ohne Unterschied denjenigen Gläubigern vorgezogen werden, welche ein Pfandrecht der Art haben, wie ich unter Nummer 8. und 9. angegeben habe. Die, welche eine Hypothek der unter Nummer 8. bemerkten Art haben, müssen um deswillen Nummer 9. vorgezogen werden, weil sie doch den Anfang ihrer Hypothek aus der Handschrift des Schuldners einigermaßen gewiß machen können, welches bey Nummer 9. nicht der Fall ist. Daß auch hier übrigens die Erstigkeit der Zeit wieder den Ausschlag giebt, bedarf keiner Erinnerung, und muß bey Nummer 9. insbesondere derjenige vorgezogen werden, der den Anfang seines Pfandrechts am gewissesten machen kann.

Sonst ist noch in Ansehung der Ordnung der hypothekarischen Gläubiger und ihrer Befriedigung in dieser Classe zu bemerken: 1) Bey Bestimmung der Erstigkeit der Zeit ist auf die frühere Bestellung des Pfandrechts, nicht auf den Contract Rücksicht zu nehmen, dessen Anhang das Pfandrecht ist [77]). Uebrigens muß die Erstigkeit der Zeit bis auf Stunde und Minute beobachtet werden. 2) Gläubiger, die ein allgemeines Pfandrecht haben, werden in dieser Classe ganz, andere hingegen,

die

die nur mit einem speciellen Unterpfand versehen sind, in so weit befriediget, als die ihnen verpfändete Sache die Bezahlung abwirft. 3) Gläubiger, welche zu ein und eben derselben Zeit ein Pfandrecht erhalten haben, das nach der oben aufgestellten Theorie gleich läuft, werden, wenn sie ein allgemeines Unterpfand haben und das Vermögen des Schuldners nicht zureicht, pro rata befriediget, und eben dies ist der Fall, wenn sie in einem speciellen Unterpfande concurriren. 4) Ein Unterpfand, dessen Anfangstag gar nicht bekannt ist, dessen Existenz übrigens aber keinem Zweifel unterworfen ist, oder bey welchem nur eine allgemeine Zeit, als z. B. um Ostern oder Michaelis, bemerkt ist, und dessen bestimmtere Zeit nirgends anders woher erwiesen werden kann, muß allen anderen nachgesetzt werden, dahingegen ein solches, wobey wenigstens das Jahr bemerkt ist, anderen in einem folgenden Jahr zu Stande gekommenen Hypotheken, jedoch mit Beobachtung der oben aufgestellten Theorie, vorgezogen werden muß. Sollte in der Pfandverschreibung zwar das Jahr, aber nur eine Zeit in folle bestimmt seyn, als z. B. um Ostern, um Michaelis, so ist solches Unterpfand immer einem anderen um eben diese Zeit, aber auf einen bestimmteren Termin ertheilten Pfand nachzusetzen, dahingegen wenn einer auf gewisse Tage eingeschränkten Zeit darin erwähnt seyn sollte, z. B. in der Oster-Messe, so muß dasselbe anderen nach dem Ablauf dieses Termins ausgestellten Pfandverschreibungen vorgezogen werden, immer aber unter den in eben diesem Termin, aber an einem bestimmten Tage zu Stande gekommenen Hypotheken, die letzte seyn. 5) Wenn zweyen an einem Tage eine Sache verpfändet worden, und in der einen Pfandverschreibung die Stunde des bestellten Pfandrechts angemerkt worden, in der anderen aber nicht, so muß immer der erstere Pfandgläubiger dem letzteren vorgezogen werden. 6) Wenn einem mit einem Unterpfand versehenen Contract eine Bedingung

hinzugefügt wurde, die hernach existent wird, so fängt das Unterpfand nicht von der Zeit der eingetretenen Bedingung, sondern von der Zeit an, wo es ist ausgestellt worden [78]). 7) Ein auf eine fremde Sache von dem Schuldner unter der Bedingung, wenn die Sache sein werden sollte, ausgestelltes Pfandrecht, erhält erst von der Zeit an seine Existenz, wo sie die Sache des Schuldners geworden ist [79]). Endlich 8) wenn eine Pfandverschreibung erneuert, und statt des bisherigen Unterpfands ein neues gegeben worden, so nimmt dieses Unterpfand erst von der Zeit der Erneuerung an seinen Anfang, es wäre denn, daß der Gläubiger sich bey dieser Erneuerung auch das vorhergehende Unterpfand bey-, und die alten Rechte sich vorbehalten hätte, denn in diesem Fall muß der Gläubiger nach dem Datum der ersten Verpfändung angesetzt werden, jedoch so, daß wenn eine neue Schuld oder ein neues Unterpfand hinzugekommen ist, das Recht des neuen Unterpfands erst von der Zeit, wo es beygefügt worden, wirksam wird [80]).

Sonst kommt in Ansehung des Vorzugsrechts nichts darauf an, ob ein Unterpfand ein allgemeines oder besonderes ist. Denn allemahl geht ein besonderes älteres dem allgemeinen jüngeren, und ein allgemeines älteres dem besonderen jüngeren vor. Es kann daher ein älterer allgemeiner Pfandgläubiger in dieser Classe aus allem Vermögen des Schuldners, selbst auch aus dem besonders verpfändeten, seine Befriedigung begehren, wenn auch dadurch nichts für den mit einer Special-Hypothek versehenen Gläubiger übrig bleiben sollte.

Im Fall, daß die einem Gläubiger dieser Classe besonders verpfändete Sache bey der Versteigerung des schuldnerischen Vermögens keinen Käufer finden sollte, so kann derselbe zwar nicht von dem aus dem übrigen Vermögen gelösten Gelde seine Befriedigung verlangen, wohl aber begehren, in diese Sache, worüber sich sein Pfandrecht erstreckt, immittirt zu werden [81]).

77) L. 11.

77) *L.* 11. *pr. D. qui potiores in pignore.*

78) Anders enscheidet Gmelin in der Ordnung der Gläubiger S. 246. Allein die *L.* 11. §. 1. *D. qui potiores in pignore* ist für meine Behauptung.

79) *L.* 9. §. *fin. D. qui potiores in pignore.*

80) Gmelin a. a. O.

81) Gmelin a. a. O. S. 255.

§. 270.

Beschluß.

Von der von mir oben angenommenen Ordnung der schlechten hypothekarischen Gläubiger dieser Classe, weichen nicht nur die mehresten Rechtslehrer, sondern auch insbesondere Gmelin [82]) in seinem Buche von der Ordnung der Gläubiger ab. Nach der Theorie dieses Gelehrten gehen in dieser Classe alle diejenigen Pfandgläubiger den übrigen vor, deren Unterpfand unter dem Ansehen des Landesherrn oder der Obrigkeit bestellt und in das deshalb verfertigte Unterpfandsbuch eingetragen worden, ingleichen diejenigen, welche sich in einer von drey ehrbaren Zeugen oder einem Notarius sammt Zeugen unterschriebenen Urkunde, ein Unterpfand ausbedungen haben. Unter diesen giebt die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Alle andere Hypotheken laufen einander gleich, und findet unter denselben kein anderes Vorzugsrecht statt, als das, was die Erstigkeit der Zeit an die Hand giebt. Ich glaube meine oben aufgestellte Theorie dorten hinlänglich gerechtfertiget zu haben, und finde daher nicht nöthig, mich hier zu wiederhohlen.

82) Vergleiche dessen angehängten Grundriß der Ordnung der Gläubiger dritte Classe.

Vierte Classe,

welche die privilegirten chirographarischen Gläubiger enthält.

§. 271.

Einleitung. Begriff eines privilegirten chirographarischen Gläubigers.

Die vierte Classe, zu welcher wir jetzt übergehen, begreift die privilegirten chirographarischen Gläubiger in sich. Unter einem privilegirten chirographarischen Gläubiger wird hier ein solcher chirographarischer Gläubiger verstanden, welchem die Gesetze, vermöge eines besondern Privilegiums, das Recht beylegen, vor allen übrigen chirographarischen Gläubigern seine Befriedigung zu erhalten, wenn auch selbige eine weit ältere Forderung an den Schuldner haben sollten. Das einem solchen chirographarischen Gläubiger beygelegte Privilegium wird in den Gesetzen bald PRIVILEGIUM EXIGENDI [83]) bald PRIVILEGIUM schlechthin oder κατ' ἐξοχήν genannt [84]). Die Rechtslehrer haben demselben die Benennung PRIVILEGIUM PERSONALE und PRIVILEGIUM PERSONALE SIMPLEX, persönliches, persönliches einfaches Privilegium gegeben, nicht aus dem Grunde, als wenn dieses Privilegium blos der Person des Gläubigers anklebte, sondern vielmehr darum, um es desto besser von dem Privilegium des Pfandrechts zu unterscheiden [85]). Denn sonst läßt sich dieses privilegium exigendi ebenfalls wie andere Privilegien in ein persönliches und dinaliches eintheilen, je nachdem es blos der Person des Gläubigers anhängt, und nur von diesem gebraucht werden kann, oder dem Creditum selbst anklebt, und auf jeden Eigenthümer desselben übergeht. Sowohl von dem ersteren als letzteren findet

man Beyspiele genug in den Gesetzen. So z. B. ist das privilegium exigendi, was der Republik verliehen ist, ein persönliches, und das, welches dem Deponens wegen seines Depositums verstattet worden, ohnstreitig ein dingliches.

83) *L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possidend. L. 25. D. de reb. credit. L. 1. D. de cess. bonor.*

84) *L. 26. D. de reb. auct. iud. possidend. L. 9. §. 1. L. 42.* und *44. §. 1. D. de administr. tutor. L. 52. §. 1. D. de pecul. L. 1. §. 14. D. de magistratib. conveniend. L. 15. §. 1. D. de curat. furiosor.*

85) Daß übrigens dieses privilegium exigendi, wenn sich ein Gläubiger mit einem Pfandrecht hat versehen lassen, kein privilegirtes Pfandrecht hervorbringe, habe ich bereits oben bey Gelegenheit erinnert. Es kann dasselbe vielmehr neben einem privilegirten Pfandrecht sowohl, als einem andern schlechten Pfandrecht bestehen, und bleibt ganz von demselben abgesondert. Diejenigen Gläubiger daher, welche mit einem privilegirten oder schlechten Unterpfande, und obendrein noch mit einem persönlichen Privilegium versehen sind, nehmen in der vierten Classe wegen ihrer Forderung einen Platz ein, in Ansehung derer sie nicht in den anderen Classen befriediget werden konnten.

§. 272.

Fortsetzung.

Das römische Recht enthält viele solcher persönlichen Privilegien, welche aber nur heutiges Tages noch zum Theil anwendbar sind. Einige von diesen in dem römischen Recht gegründeten Privilegien fallen um deswillen weg, weil die Gläubiger statt derselben mit einem allgemeinen Pfandrechte an des Schuldners Vermögen in der Folge sind versehen worden, wie solches z. B. bey der Ehefrau der Fall ist, welcher in den ältern Zeiten wegen ihres Brautschatzes ein bloßes persönliches Privilegium zuständig war, welches ihr jetzt, da sie deshalb ein privilegirtes Pfandrecht erhalten hat, keinen

Nutzen

Nutzen mehr gewähren kann. Zwar wenden diejenigen Rechts-lehrer, welche der Braut und vermeintlichen Ehefrau des Schuldners, die der wirklichen Ehefrau nach dem neueren Recht, wegen ihres Brautschatzes gestatteten Rechte nicht angedeihen lassen wollen, dieses persönliche Privilegium noch auf selbige an, und geben ihnen wegen des respective eingebrachten und vorausbezahlten Heirathsguts ihren Platz in der vierten Classe. Allein ich habe oben erwiesen, daß diesen Personen bey einer richtigen Interpretation des neueren römischen Rechts alle einer wirklichen Ehefrau zuständigen Vorzüge gestattet werden müssen, und leugne daher ganz die heutige Anwendbarkeit des in dem alten römischen Recht dem Brautschatz ertheilten persönlichen Privilegiums.

Andere in dem römischen Recht gegründete persönliche Privilegien fallen darum bey uns weg, weil sie sich zu sehr an die römische Verfassung anschließen, und daher nach den bekannten Regeln von der heutigen Anwendbarkeit des römischen Rechts keinen Gebrauch haben können. Da indeß eins oder das andere dieser Privilegien, vermöge des Gerichtsbrauchs auf andere Fälle ausgedehnt wird, so werde ich die Abhandlung von den privilegirten chirographarischen Gläubigern dieser Classe so einzuleiten suchen, daß ich nicht nur diejenigen persönlichen Privilegien des römischen Rechts, die heutiges Tages noch ohnstreitig, und geradezu anwendbar sind, sondern auch diejenigen durchgehe, von welchen man eine nützliche Anwendung macht.

86) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 398.

§. 273.

Privilegirte chirographarische Gläubiger.

Zu den privilegirten chirographarischen Gläubigern gehören nach dem römischen Recht:

1) Diejenigen, welche bey den ARGENTARIIS oder NUMMULARIIS [87]) Geld deponirt und keine Zinsen davon empfangen haben, wenn das Geld entweder verzehrt oder mit dem Gelde des Argentarius so vermischt worden, daß es nicht durch die Reivindication in Natur zurückgefordert werden kann [88]). Bezieht sich gleich dieses Privilegium auf den öffentlichen Glauben der Argentarien, so gestattet es doch die Praxis nicht nur allen solchen Personen, welche bey einer solchen Person, bey welcher kraft ihres öffentlichen Amtes Geld deponirt zu werden pflegt, Geld deponirt haben, sondern auch solchen, welche diese Deposition bey Privatpersonen unternommen hatten [89]). Jeder also, welcher bey dem Gemeinschuldner Geld deponirt hatte, das nicht mehr existirt oder doch wenigstens nicht vindicirt werden kann, genießt seine Befriedigung in dieser Classe, vorausgesetzt nur, daß er sich keine Zinsen hatte geben lassen, weil sonst das Depositum in ein Anlehn verwandelt, und dadurch, daß demselben eingeräumte persönliche Privilegium aufgehoben wird. Uebrigens ist dieses Privilegium der Forderung, und nicht dem Gläubiger verliehen worden, hinfolglich dinglich, und geht auf alle Nachfolger und Erben über [90]).

87) Wegen der Argentarien ist zu vergleichen *Io. Gottfr.* SIEBER Diss. II. de Argentariis eorumque inprimis officio. *Lipſ.* 1737. und 1739. *Herm.* HUBER Diss. II. de Argentariis veterum *in Vol. II. T. I.* OELRICH Thesaur. Diss. iurid. belg. *Lipſ.* 1770.

88) *L. 7. §. 2. L. 8. D. depoſit. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poſſidend.*

89) Gmelin Ordnung der Gläubiger. S. 391. f.

90) Lauterbach in der D. de privilegio creditorum perſonali ſimplici §. 24.

§. 274.

Fortsetzung.

Ferner

2) giebt das römische Recht der RESPUBLICA CREDITRIX ein solches persönliches Privilegium wegen ihrer Forderung an den Schuldner ohne Unterschied, die Forderung möge herrühren aus welchem Grunde sie wolle. Res publica creditrix, sagt Paullus im *L.* 38. *§.* 1. *D. de reb. auct. iud. possidend.*, omnibus chirographariis creditoribus praefertur. Eigentlich würde dieses Privilegium nur dem Staate selbst zuständig seyn können [91]), allein wegen der unbestimmten Ausdrücke des römischen Rechts gestattet man dasselbe auch allen öffentlichen weltlichen Gemeinheiten [92]), und ich halte dafür, daß dasselbe, wie einige Rechtslehrer [93]) wollen, nicht blos auf die aus einem Contract herrührenden Forderungen, sondern überhaupt wegen eines jeden Creditums denselben verstattet werden muß. Denn einmahl bestimmt das römische Recht die Gattung der Forderung nicht, weshalb dieses persönliche Privilegium Statt finden soll, sondern bedient sich des generellen Ausdrucks — res publica creditrix. Uebrigens ist dieses persönliche Privilegium blos der reipublicae, und nicht der Forderung gestattet, mithin ein blos persönliches, welches nicht auf denjenigen übergehen kann, welchem die res publica ihre Forderung abtritt [94]).

91) Daß wenn man sich strenge an das römische Recht halten wollte, unter res publica creditrix blos der Staat als solcher zu verstehen sey, glaube ich um deswillen, weil in vielen Gesetzen die res publica dem Fiscus entgegengesetzt wird. Ob übrigens die Forderung aus einer Anleihe, oder einem anderen Contract, oder überhaupt aus einem gesetzlichen Grunde, er sey, welcher er wolle, herrühren müsse, scheint mir aus dem Gesetz wenigstens nicht zu erhellen.

 92) Z. B

92) Z. B. den Landstädten und allen andern im Staate befindlichen öffentlichen weltlichen Gemeinheiten. Der Staat selbst bedarf heut zu Tage dieses Privilegium nur in den Fällen, wo in der Eigenschaft des Fiscus ihm dessen Gerechtsame nicht zuständig sind.

93) Gmelin Ordnung der Gläubiger S 395.

94) *Ioh. Chr.* KOCH de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. §. 8.

§. 275.

Fortsetzung.

Ein persönliches Privilegium genießt auch

3) derjenige, welcher zur Erbauung, Bewaffnung oder Erkaufung eines Schiffs, oder auf eine anderweitige auf das Schiff Beziehung habende Art creditirt hat, imgleichen derjenige, welcher wegen eines verkauften Schiffs noch von dem Schuldner das Kaufgeld zu fordern hat. Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit, lehrt Paullus im *L.* 24. *D. de reb. auct. iud. possidend.*, vel etiam emendam: PRIVILEGIUM habet. Und noch deutlicher zeigt Marcian im *L.* 34. *eod.* die Natur und Eigenschaft dieses Privilegiums, wenn er sagt: quod quis navis fabricandae (vel emendae, vel armandae) vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit: vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum. Damit sich der Gläubiger dieses Privilegiums bedienen könne, wird erfordert: 1) daß das Geld ausdrücklich wegen des Schiffs angeliehen worden, denn wenn es nur schlechthin angeliehen ist, so findet dieses Privilegium nicht Statt, wenn auch das Geld hernach wirklich auf das Schiff sollte verwendet worden seyn. 2) Muß das wegen des

Schiffs

Schiffs angeliehene Geld auf das Schiff wirklich verwendet worden seyn, denn wenn es gleich wegen des Schiffs angeliehen, aber nicht verwendet ist, so fällt der Grund der Gesetze, und mithin auch das darin dem Gläubiger ertheilte Privilegium weg. Daß übrigens, wenn der Gläubiger sich ein Pfandrecht auf das Schiff bedungen hat, ihm alsdann, wenn er aus dem Schiff bezahlt werden kann, dieses Privilegium von keinem Nutzen sey, bedarf keiner Erinnerung, obgleich ihm solches alsdann noch obendrein nützlich seyn kann, wenn er aus dem Gegenstande seines Unterpfandes nicht die Befriedigung zu erhalten im Stande ist.

Daß demjenigen, welcher wegen eines Schiffs Geld angeliehen hat, ein persönliches Privilegium unter den obigen Erfordernissen, die er immer im Zweifelungsfall zu beweisen schuldig ist, zuständig sey, und er daher in der vierten Classe seine Befriedigung erhalten müsse, ist nun zwar keinem Zweifel unterworfen, indem die Gesetze solches deutlich verordnen. Ob aber die Verordnung der Gesetze auch auf andere chirographarische Gläubiger auszudehnen sey, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. f. einer andern Sache Geld hergeschossen haben? ist eine unter den Rechtslehrern sehr streitige Frage. Der größte Theil der Rechtslehrer will dieses persönliche Privilegium nur blos auf diejenigen eingeschränkt wissen, welche wegen eines Schiffs Geld angeliehen haben, und sie begründen sich darauf, daß die Gesetze ein Privilegium enthielten, und alle Privilegien bekanntlich eingeschränkt erklärt werden müßten [95]). Dahingegen aber fehlt es auch nicht an angesehenen Rechtslehrern, welche eine ausdehnende Erklärung dieser römischen Gesetze allerdings zulässig finden, allein über die Gränzen dieser ausdehnenden Erklärung

sind sie mit einander nicht völlig einig. Denn einige von ihnen wollen dieses Privilegium jedem chirographarischen Gläubiger gestattet wissen, welcher zur Erkaufung und Wiederherstellung einer Sache Geld ausdrücklich angeliehen hat [96]), andere hingegen nur alsdann, wenn diese Sache eine unbewegliche Sache war [97]).

Ich halte dafür, daß dieses Privilegium allen Gläubigern gestattet werden müsse, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. f. einer Sache Geld ausdrücklich angeliehen haben, wegen welches Creditum sie, wenn sie sich ein Unterpfand ausbedungen hätten, ein privilegirtes Pfandrecht genießen würden. Dieses genießen nun, wie ich oben in der ersten Classe dargethan habe, alle und jede Gläubiger, welche in militiam emendam so wohl, als zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. f. einer unbeweglichen Sache, imgleichen zur Erkaufung, Wiederherstellung und Bewaffnung eines Schiffs, Geld angeliehen und sich ein Unterpfand ausdrücklich vorbehalten haben. Die Gründe für diese meine Behauptung sind folgende: Erstens, von dem, dem Pfandrecht verstatteten Privilegium läßt sich ganz füglich auf das persönliche Privilegium argumentiren, so sehr auch sonst beyde Privilegien von einander unterschieden werden müssen. Zweytens ist auch hier ein gleicher Grund vorhanden, welcher diese Argumentation unterstützt. Der Grund, warum die Gesetze den gedachten Pfandgläubigern wegen ihres Pfandrechts einen Vorzug gestatten, ist einzig und allein der, weil ohne ihre Anleihe die andern Gläubiger nicht den Vortheil erhalten haben würden, welchen sie jetzt genießen, und eben dies ist auch hier bey der Concurrenz der chirographarischen Gläubiger der Fall. Daß endlich drittens in den Gesetzen blos eines Schiffs Erwäh-

wähnung geschieht, kommt ohnstreitig blos daher, weil man es in Zweifel zog, ob auch derjenige chirographarische Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Wiederherstellung und Bewaffnung eines Schiffs, als einer beweglichen Sache, Geld angeliehen hatte, sich eines persönlichen Privilegiums wegen dieses Crediti zu erfreuen habe? Denn wenn man nicht alle Analogie bey Seite setzen will, so war es bey den Römern gar nicht einmahl streitig, sondern wurde vielmehr als gewiß vorausgesetzt, daß derjenige chirographarische Creditor, welcher in emendam militiam u. s. f. creditirt hatte, eines persönlichen Privilegiums wegen seines Crediti genießen müsse.

Behaupte ich also gleich eine ausdehnende Erklärung jener römischen Gesetze, so muß ich doch selbige blos auf solche chirographarische Gläubiger einschränken, welche wegen einer militia und unbeweglichen Sache Geld vorgeschossen haben. Auf diejenigen, welche wegen einer beweglichen Sache, das Schiff allein ausgenommen, Geld anliehen, kann dieses persönliche Privilegium nicht ausgedehnt werden, weil sich hier nicht eine Argumentation vom privilegirten Pfandrecht annehmen läßt, vielmehr die Analogie gerade entgegen steht. Meiner Behauptung steht nicht allein die Analogie, sondern auch die deutlichsten Gesetze zur Seite. Plane, heißt es im *L.* 5. *§.* 17. *D. de tributoria actione*, si in eandem tabernam merces deferebantur, licet hae, quae existent, ex *unius creditoris pecunia sint comparatae*, dicendum erit, *omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pignoratae.* Wird gleich hier in dem Gesetz das Wort merx nur blos von Waaren verstanden, die in das Waarenlager mit dem Gelde des Gläubigers eingekauft waren, so wird doch auch dasselbe nach

Ulpian im *L.* 66. *D. de verb. significat.* auf jede unbewegliche andere Sache bezogen, und muß daher die Entscheidung dieses Gesetzes, wenn man die Analogie noch überdies zu Hülfe nimmt, von einem jeden chirographarischen Gläubiger verstanden werden, welcher zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. f. einer beweglichen Sache Geld anlieh. Unmöglich kann auch dies, daß einem Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Bewaffnung und Wiederherstellung eines Schiffs Geld anlieh, ein persönliches Privilegium gestattet worden, die Behauptung rechtfertigen, daß auch solches einem jeden andern Gläubiger, der wegen einer beweglichen Sache Geld vorstreckte, gestattet werden müsse, indem, wie gedacht, solches nur blos als eine Ausnahme von der Regel geschehen ist [98]).

Die Grundsätze, welche ich hier von der Ausdehnung des einem chirographarischen Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Bewaffnung und Wiederherstellung eines Schiffs Geld angeliehen hatte, gestatteten persönlichen Privilegiums aufgestellet habe, werden auch dadurch noch am besten gerechtfertiget, daß Marc Aurel, wie ich oben §. 232. erwiesen habe, demjenigen Gläubiger, welcher in restitutionem aedium creditirt hatte, ausdrücklich ein privilegium exigendi beygelegt hat, und ein gleiches, wenn man alle hieher gehörige Gesetze zusammen nimmt, ohne allen Zweifel, auch vermöge einer ausdehnenden Erklärung, denjenigen zu statten kam, welche in Ansehung ihres, wegen einer Sache gemachten und mit einem Unterpfand versehenen Creditums, nach §. 237. ihre Befriedigung in der zweyten Classe erhalten.

Da man von dem privilegirten Pfandrecht auf das persönliche Privilegium derjenigen chirographarischen Gläubiger, wovon hier die Rede ist, sehr

gut

gut argumentiren kann, so muß auch das persönliche Privilegium derselben nach den Grundsätzen beurtheilt werden, nach welchen die Zuständigkeit ihres Pfandrechts beurtheilt werden müßte, wenn sie ein solches hätten. Nur der Unterschied muß hier Statt finden, daß wenn auch gleich die Sache nicht mehr existirt, wegen welcher das Creditum entstanden ist, doch noch das persönliche Privilegium Statt hat. Denn das persönliche Privilegium ist ein Anhang der persönlichen Klage ex mutuo, das Privilegium des Pfandrechts aber ein Anhang des dinglichen Rechts, das daher auch zugleich mit dem dinglichen Rechte bey dem Untergang der Sache verlohren gehen muß. Daß übrigens dieses Privilegium als ein dem Creditum selbst verliehenes, und mithin als ein dingliches angesehen werden müsse, also in dieser Eigenschaft auf alle Nachfolger und Erben übergehe, ergiebt sich aus der Natur der Sache.

95) Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 398. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

96) HENNE de privilegio personali creditori ad rem certam emendam mutuum danti, orto super bonis debitoris concursu competente. *Pag.* 5. *seq.* FRICK D. de iuribus illius qui alteri ad emendum credidit. §. 2.

97) Koch a. a. O. §. 15.

98) Indeß so fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche behaupten, daß nach der Praxis dieses persönliche Privilegium auch solchen zu statten kommen müsse, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. f. einer beweglichen Sache Geld angeliehen haben. Vergleiche Koch a. a. O.

§. 276.

Fortsetzung.

Ein persönliches Privilegium steht auch

4) dem Fiscus ganz allgemein wegen einer jedweden Forderung an den Gemein-

schuld-

schuldner zu, deshalb er keines Unterpfands genießt, und welche nicht aus einem von dem Schuldner begangenen Verbrechen herrührt, denn im ersten Fall nimmt er seinen Platz in einer der obigen Classen, und im letztern wird er allen Gläubigern, wie ich weiter unten zeigen werde, nachgesetzt. Dieses persönliche Privilegium des Fiscus bestätiget nicht nur Paullus [99]) wenn er sagt: privilegium fisci est, INTER OMNES CREDITORES PRIMUM LOCUM TENERE, sondern auch Marcian [100]) in den Worten: ille, qui navis fabricandae, vel emendae vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, habet privilegium POST FISCUM. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche diese Gesetze von einem dem Fiscus wegen jeder Forderung zuständigen Vorzugsrecht vor allen Gläubigern verstanden wissen wollen, allein da offenbar die Gesetze einen ältern hypothekarischen Gläubiger dem Fiscus, wenn dieser ein jüngeres Pfandrecht hat, in der Regel vorgezogen wissen wollen, so läßt sich diese Auslegung nicht nur wegen des Widerspruchs mit andern Gesetzstellen durchaus nicht vertheidigen, sondern man würde auch den klaren Worten der Gesetze entgegen handeln, wenn man sie anders, als von einem persönlichen Privilegium des Fiscus verstehen wollte [1]). Und da die Gesetze nicht deutlich bestimmen, wegen welcher Forderung dem Fiscus dieses persönliche Privilegium zuständig seyn soll, so muß man durchaus diejenige Bestimmung annehmen, welche ich oben davon gemacht habe.

Daß übrigens dieses fiscalische Privilegium ein blos persönliches ist, und daher auch nur von dem Fiscus allein gebraucht werden kann, bedarf wohl keiner

keiner Erinnerung, sondern fließt schon aus der Natur und Eigenschaft desselben.

99) Recept. sentent. *Lib.* 5. *T.* 12. §. 10.

100) *L.* 34. *D. de reb. auct. jud. possidend.*

1) SCHULTING Iurisprud. Anteiustin. *Lib.* 5. *T.* 12. *Num.* 44.

§. 277.

Fortsetzung.

Endlich

5) so steht auch denjenigen chirographarischen Gläubigern ein persönliches Privilegium zu, deren Geld an die privilegirten Gläubiger entweder unmittelbar oder mittelbar durch des Schuldners Person, entweder gleich oder kraft eines vorhergehenden besondern Vertrags gekommen ist. Eorum, heißt es im *L.* 24. *D. de reb. auct. iud. possidend.* ratio prior est Creditorum, QUORUM PECUNIA AD CREDITORES PRIVILEGIARIOS PERVENIT. *Perveniſſe* autem quemadmodum accipimus? Utrum, si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios? An vero et si per debitoris personam: hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta, creditori privilegiario numerata est? *Quod quidem potest benigne dici*, si modo non post *aliquot intervallum* id factum sit. Nach diesem Gesetz steht das gedachte Privilegium allen Gläubigern zu, deren Geld unmittelbar an die privilegirten Gläubiger jeder Art gekommen ist, und wenn es mittelbar durch den Schuldner an selbige kam, so oft als nicht ein zu großes Intervallum dazwischen kommt, welches nach einer richtigen Erklärung des Gesetzes nichts anders heißen kann, als daß, wenn der Schuldner das Geld lange bey sich behalten hat,

nicht

nicht soll vermuthet werden können, daß er die privilegirten Gläubiger damit abgefunden habe. Ich glaube daher, daß dieses Privilegium den chirographarischen Gläubigern in allen Fällen zuständig seyn muß, so oft als sie nur beweisen können, daß das dem Schuldner angeliehene Geld wirklich zu den privilegirten Gläubigern gekommen, und solche damit abgefunden worden. Denn der Grund dieses Privilegiums ist kein anderer als der, weil durch diesen Vorschuß bewirket worden, daß andere chirographarische Gläubiger zur Perception kommen, welche sonst nicht dazu gekommen seyn würden.

Da dieses Privilegium der Forderung als einer solchen beygelegt worden, mithin dinglich ist, so schränkt sich dasselbe nicht blos auf die Person des Gläubigers ein, der die Anleihe gemacht hat, sondern geht auch auf andere Personen über.

LAUTERBACH D. de Privileg. Creditor. perf. simplici. §. 35.

§. 278.

Fortsetzung.

Dies sind die persönlichen Privilegien, welche wirklich in den Gesetzen gegründet, und noch heutiges Tages anwendbar sind. Indeß so fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche behaupten, daß es nach dem gemeinen Recht noch mehrere persönliche Privilegien gebe, ja Leyser [3]) nebst andern stellt sogar die Regel auf: quotiescunque Creditor singularem aequitatis, pietatis, misericordiae favorem prae se habet, toties is in quarta classe locandus est. Vermöge dieser Grundsätze gestatten sie 1) den Handwerksleuten, wegen ihres rückständigen Lohns; 2) den Procuratoren, Advocaten und Notarien wegen ihres Verdienstes; 3) den Lehrmeistern, oder überhaupt

haupt denjenigen Personen, die Unterricht ertheilen, wegen ihrer Honorarien; 4) den Gerichten, wegen der von dem Schuldner in andern Angelegenheiten, die nicht das Concurswesen betreffen, in Rest gebliebenen Gerichtsgebühren; 5) denjenigen, welche dem Schuldner Alimente geleistet haben, wegen dieser ihrer Ausgaben; 6) den Aerzten, Chirurgen und Apothekern, wegen der dem Schuldner außer dem Fall der letzten Krankheit geleisteten respective Dienste und Arzeneyen; 7) dem Wechselgläubiger, wegen seiner Wechselforderung; 8) den Kirchen und milden Stiftungen, wegen ihrer dem Schuldner gemachten Anleihe; 9) dem Lotto, wegen dessen, was der Schuldner als Collecteur oder Einsetzer schuldig ist; 10) den Kindern, wegen des Pathengeldes, und endlich 11) denjenigen Gläubigern, welche ohne Zinsen dem Schuldner creditirt haben, ein persönliches Privilegium bey [4]). Allein es läßt sich diese Behauptung so wenig aus den Gesetzen als aus einem allgemeinem Herkommen vertheidigen, und daher können diese Privilegien nur alsdann angenommen werden, wenn sie durch Landesgesetze eingeführt sind [5]).

3) In meditationib. ad Pand. *spec.* 487.

4) Hoffmann in seiner deutschen Reichspraxis 2. Theil §. 1286. Struben in seinen rechtlichen Bedenken 3. Theil 12. Bedenk. Vergleiche auch Georg Ludw. Böhmers D. de iure mercedis opificum in concurs. Credit. §. 14. Hasentien de privileg. medicor. creditor. in concursu. §. 13. Das Lottorecht Cap. 6. §. 12. Leyser in meditationib. ad Pand. *l. c.* will wenigstens diejenigen chirographarischen Gläubiger, welche ohne Zinsen Geld angeliehen haben, andern vorgesetzt wissen, die eine Anleihe mit Zinsen unternommen haben, allein auch die Richtigkeit dieser Behauptung läßt sich nach dem gemeinen Recht nicht erweisen.

5) Emelin Ordnung der Gläubiger. S. 403. f.

§. 279.

Fortsetzung.

Aus den bisher vorgetragenen Grundsätzen ergiebt sich nunmehr so viel, daß ein chirographarischer Gläubiger, wenn er auf einen Platz in der vierten Classe Anspruch machen will, nicht nur darzuthun verbunden ist, daß ihm der Schuldner von Rechtswegen mit etwas verhaftet sey, sondern, daß ihm auch wegen dieser Forderung nach den Gesetzen ein persönliches Privilegium zu statten komme, vermöge dessen er vor allen andern gemeinen, oder schlechten chirographarischen Gläubigern befriediget werden muß, oder wenigstens, dasselbe in einer allgemeinen Gewohnheit gegründet sey. Es läßt sich auch auf keinen Fall rechtfertigen, wenn sich einige Rechtslehrer die Freyheit herausnehmen, persönliche Privilegien, die entweder in besondern Landesgesetzen, oder Gewohnheitsrechten gegründet sind, als gemeines Recht zu verkaufen, zumahl, wenn man darauf Rücksicht nimmt, welcher Nachtheil dadurch für die übrigen chirographarischen Gläubiger entsteht.

§. 280.

Von der Art und Weise, wie die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe geschieht.

Sehen wir auf die Art und Weise, wie die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe geschieht, so findet sich hier in den Behauptungen der Rechtslehrer eben diejenige Verschiedenheit, welche man in den obigen Classen antrifft. Am meisten hat sich ohnstreitig auch hier wiederum Gmelin [c]) um die Berichtigung der Sache verdient gemacht, ob ich mich gleich doch nicht entschließen kann, seinen Lehrsätzen völlig beyzupflichten. Nach seiner Behauptung nehmlich gehen in dieser Classe allen übrigen chirographarischen privilegirten Gläubigern diejenigen vor, welche bey dem Schuldner ausdrücklich Geld mit der Bedingung deponirt haben, daß ihnen sol-

ches

ches in natura zurückgegeben werden soll. Alsdann folgen alle übrige chirographarischen privilegirten Gläubiger, werden ohne einigen Unterschied unter einander gesetzt, und nach der Größe ihrer Forderung zugleich befriediget, diejenigen allein ausgenommen, welche bey dem Schuldner Geld, allein mit der Bedingung deponirt haben, daß ihnen solches nicht in natura, sondern nur eben so viel zurückgegeben werden soll. Gmelin sucht diese Theorie aus der Vergleichung der *L.* 7. §. 2. *D. depositi* mit *L.* 24. §. 2. *eod.* zu rechtfertigen, wobey ich noch bemerken muß, daß er das fiscalische persönliche Privilegium, dessen ich oben gedacht habe, ganz übergangen hat.

6) In der Ordnung der Gläubiger. S. 407.

§. 281.

Fortsetzung.

Meiner Meinung nach, muß in dieser Classe der Fiscus allen andern privilegirten chirographarischen Gläubigern vorgezogen werden. Denn ausdrücklich heißt es in den römischen Gesetzen, daß der Fiscus unter allen persönlich privilegirten Gläubigern den ersten Platz behaupten soll. Dieses Vorrecht des Fiscus scheint auch dadurch nicht aufgehoben zu seyn, wenn Ulpian im *L. D. de reb. auct. iud. possidend.* sagt: in bonis mensularii vendendis POST PRIVILEGIA potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti deposuerunt, sondern es muß dieses Gesetz, wenn man Widersprüche vermeiden will, dahin erklärt werden, daß der Deponent allen übrigen privilegirten chirographarischen Gläubigern, die sich nicht auf ein besonderes Vorzugsrecht berufen können, vorgezogen werden soll. Nach dem Fiscus nehmen diejenigen Gläubiger ihren Platz, welche zur Erbauung, Wiederherstellung und Bewaffnung eines Schiffs Geld vorgeschossen haben. Qui navis fabricandae, vel emendae vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, HABET

PRIVILEGIUM POST FISCUM heißt es ausdrücklich im *L.* 34. *D. de reb. auct. iud. possidend.* Und vermöge der Analogie dieses Gesetzes halte ich mich allerdings berechtiget, auch denjenigen Gläubigern ein gleiches Vorzugsrecht beyzulegen, welche nach den oben entwickelten Lehrsätzen zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. w. anderer Sachen ein persönliches Privilegium genießen. Denn es ist hier ein gleicher Grund als bey dem Gläubiger vorhanden, welcher zur Erbauung, Bewaffnung und Wiederherstellung eines Schiffes creditirt hat. Nach diesen folgen alsdann diejenigen chirographarischen Gläubiger, welche aus einem Depositum der obengedachten Art etwas von dem Schuldner zu fordern haben, denn nun ist von der Verordnung des *L.* 7. §. 2. *depos.* eine Anwendung zu machen. Hat Jemand mit der Bedingung Geld hinterlegt, daß der Empfangende nicht das Geld selbst in natura, sondern eben so viel wiederum restituiren soll, so hat er gar keine Stelle in dieser Classe, obgleich ihn Emelin [7]) seinen Platz ganz am Ende angewiesen wissen will, denn in einem solchen Fall fällt die Natur und Eigenschaft des Depositums nach *L.* 24. *D. depositi* gänzlich weg. Nach dem Deponenten folgen alsdann alle übrige chirographarische privilegirte Gläubiger, unter welchen kein Vorzugsrecht angenommen werden kann.

Die Ordnung der Gläubiger dieser Classe und die Befriedigungsart derselben würde demnächst folgende seyn:

I. Der Fiscus, wegen aller Forderungen an den Schuldner, derentwegen er keines Pfandrechts genießt, und welche auch nicht aus einem Verbrechen entspringen.

II. Alle diejenigen, welche

1) zur Erkaufung, Erbauung, Wiederherstellung und Bewaffnung eines Schiffs, oder sonst wegen desselben creditirt haben.

2) Die,

2) Die, welche in militiam emendam Geld vorgeschossen haben.
3) Welche in restitutionem aedium Geld creditirten, und sich entweder kein Unterpfand bedungen hatten, oder zwar solches thaten, allein die verpfändete Sache nicht zu ihrer Befriedigung zureichte.
4) Die, welche zur Erkaufung eines Grundstückes Geld creditirten.
5) Die, welche sonst zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Erhaltung einer unbeweglichen Sache Geld anliehen.
6) Die, welchen der Schuldner für ein erkauftes Schiff das Kaufgeld schuldig war, imgleichen alle diejenigen, welchen der Schuldner, wegen einer erkauften unbeweglichen Sache noch das Kaufgeld restirt.

III. Diejenigen, welche von dem Schuldner vermöge eines wirklichen Depositums das hinterlegte Geld zurückfordern können.

IV. Diejenigen, welche nach den oben gelehrten Grundsätzen, sonst noch als persönlich privilegirte Gläubiger ihr Recht geltend machen können.

Nummer I. wird vor allen Dingen ganz befriediget, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger dieser Classe nicht zureicht. Hierauf folgen in gleicher Art die unter der Nummer II. begriffenen Gläubiger, unter welchen, wenn das Vermögen zu ihrer allerseitigen vollen Befriedigung nicht hinlänglich ist, eine Befriedigung pro rata statt hat. Dann erst folgen die unter der Nummer III. enthaltenen Gläubiger, unter welchen, wenn das schuldnerische Vermögen nicht zureicht, ebenfalls eine Befriedigung pro rata statt findet. Endlich nach allen diesen werden die, unter der Nummer IV. begriffenen Gläubiger befriediget, ohne alles Vorzugsrecht unter einander, und wenn das Ver-

mögen des Schuldners nicht zulänglich ist, muß es pro rata gehen.

7) Ordnung der Gläubiger. S. 393.

Fünfte Classe,
welche die schlechten chirographarischen Gläubiger enthält.

§. 282.
Einleitung. Begriff eines schlechten chirographarischen Gläubigers.

In der fünften Classe endlich erhalten alle sogenannte gemeine, oder schlechte chirographarische Gläubiger ihren Platz. Ich verstehe darunter alle übrige gedenkbare Gläubiger, welche weder zu den absolut privilegirten, noch Pfandgläubigern, noch endlich blos persönlichen Gläubigern gerechnet werden können. Ob sie übrigens aus einer Handschrift des Schuldners, oder auf eine andere Art ihre Forderung beweisen können, thut nichts zur Sache. Auch diejenigen Pfandgläubiger müssen hieher gerechnet werden, die zwar eines Unterpfandes genießen, aber die Existenz desselben nicht gehörig beweisen können, oder welche an dem Schuldner Anspruch machen, obgleich der Gegenstand ihres Pfandrechts sich nicht mehr in dem Vermögen des Schuldners befindet, oder bereits zur Befriedigung anderer Pfandgläubiger aufgewendet worden.

§. 283.
Kurze Darstellung der vorzüglichsten Gläubiger dieser Classe.

Es würde eine unnütze Arbeit seyn, alle chirographarische schlechte Gläubiger hier nahmentlich aufzuführen, indem sie sich schon aus der allgemeinen Beschreibung hinlänglich ergeben, andern Theils aber ist auch solches wegen der außerordentlichen Verschiedenheit der-

sel-

selben, und nach den einzelnen Umständen gar nicht möglich. Zum Ueberfluß indessen will ich hier der vorzüglichsten Erwähnung thun. Es gehören dahin nemlich:

1) Die Handwerksleute, wegen ihres lohns, welche dem Schuldner vor dem Concurse Dienste geleistet haben, ohne Unterschied, ob sie zu gleicher Zeit die Materie creditirt haben, woraus die Sache ist verfertiget worden, oder nicht.

2) Die Advocaten, Notarien und Procuratoren, wegen ihrer abverdienten Honorarien.

3) Die Geistlichen und Schuldiener, wegen ihrer rückständigen Gebühren und Accidenzien, in so ferne solche nur nicht zu den Leichenkosten gerechnet werden können, deren Bezahlung aus dem Vermögen des Schuldners geleistet werden muß.

4) Die Aerzte, Chirurgen und Apotheker, wegen ihrer Belohnung und Arzneyen; in so ferne solche nicht zu den Kosten der letzten Krankheit des verstorbenen Schuldners zu rechnen sind.

5) Diejenigen, welche dem Schuldner Alimente geleistet, oder sonst etwas zu seinem und der Seinigen Unterhalt geliefert haben.

6) Die Wechselgläubiger, wegen der Wechselschuld.

7) Die Dienstbothen, welche sich von ihrem Dienstherrn von dem Miethlohn haben Zinsen versprechen lassen, so wie auch

8) jedes andere schlechte Anlehn.

9) Diejenigen, welche zur Erbauung und Besserung der Häuser und anderer Gebäude Holz, Kalk, Ziegel und andere Materialien hergeliehen haben [8]).

10) Die Fuhrleute, und andere dergleichen Personen, welche dem Schuldner in seinem Gewerbe oder sonst hülfliche Hand leisteten, und welchen er aus diesem Grunde etwas schuldig ist.

11) Die Kirchen und milden Stiftungen, wegen ihrer aus einer Anleihe, oder aus einem andern Grunde an dem Schuldner habenden Forderung.

12) Das Lotto wegen dessen, was der Schuldner als Einsetzer, oder als Collecteur schuldig ist.

13) Diejenigen, welche wegen geleisteten Unterrichts von dem Schuldner etwas zu fordern haben, als z. B. die Honorarien der Professoren, Schullehrer u. s. w.

14) Die Kaufleute wegen der creditirten Waaren.

15) Alle andere, welche aus irgend einem andern gedenkbaren Grunde etwas aus des Schuldners Vermögen zu fordern haben [9]). Und endlich

16) Der Fiscus, wegen der ihm aus dem Vermögen des Schuldners gebührenden Strafgelder.

8) Diejenigen Rechtslehrer, welche dieses Creditum nach den Grundsätzen von dem in restitutionem aedium creditirten Gelde beurtheilt wissen wollen, legen demselben auch die Befriedigung in der zweyten Classe bey, wovon ich aber aus den oben §. 233. bemerkten Gründen abweichen muß. Und da solches ebenfalls nicht in der vierten Classe aus gleichen Gründen seine Befriedigung erhalten kann, so muß es in der fünften Classe locirt werden.

9) Es kommt nicht übrigens darauf an, ob diese Forderung vor oder nach dem Ausbruche des Concurses entstanden ist.

§. 284.

Von der Art und Weise der Befriedigung dieser Classe.

Was die Art und Weise anbetrifft, wie die Gläubiger dieser Classe befriediget werden müssen, so lassen sich davon folgende Regeln geben:

I. Alle andere Gläubiger dieser Classe werden vor dem Fiscus befriediget, ohne Unterschied, ihre Forderung an dem Gemeinschuldner möge vor oder nach dem

dem Ausbruche des Concurses entstanden seyn, vorausgesetzt nur, daß sie im letztern Fall nicht aus einem Contract, oder einer andern Handlung des Schuldners entstand. Unter ihnen selbst aber findet eine Befriedigung pro rata Statt.

II. Wenn alle vorhin gedachte Gläubiger befriediget sind, so erhält der Fiscus seine Befriedigung aus dem, was nun noch übrig bleibt. In summa, lehrt Modestin im *L.* 17. *D. de iure fisci*, sciendum est, *omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi*, und eben diesen Grundsätzen pflichtet auch Papinian im *L.* 37. *D. eod.* bey: quod placuit, sagt er, *fisco non poenam esse petendam nisi creditores suum recuperaverint*; eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat [10]).

III. Nach dem Fiscus kommen endlich diejenigen Gläubiger zur Perception, welche aus einem von dem Schuldner nach dem Ausbruch des Concurses abgeschlossenen Vertrag, oder einer andern Handlung desselben etwas zu fordern haben, und zwar aus dem Grunde, weil der Schuldner sein Vermögen nicht mehr zum Nachtheil der bereits vorhandenen Gläubiger beschweren konnte [11]).

10) LUDOVICI in D. de hypotheca fisci tacita propter debita ex delicto §. 9. HELLFELDT de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis §. 9.

11) Diese Distinction scheint mir wenigstens in der Natur der Sache zu liegen. Anders urtheilt Gmelin in der Ordnung der Gläubiger, S. 412., welcher annimmt, daß alle Gläubiger deren Forderung erst nach dem Ausbruch des Concurses erzeugt wird, dem Fiscus nachstehen müssen.

* * *

§. 285.

Beschluß. Von der Locations-Sentenz und dem Distributions-Bescheide.

Die Anweisung des Platzes, an welchem ein jeder Gläubiger beym Concurse, sowohl wegen Capital als Zinsen, seine Befriedigung erhalten soll, geschieht von dem Concurs-Richter durch die sogenannte Locations-, Erstigkeits- oder Classifications-Sentenz, welcher alsdann der Distributions-Bescheid und die wirkliche Vertheilung der Concursmasse folgt. Da das Weitere hievon zum Concurs-Proceß gehört [12]), so bemerke ich in Ansehung der Classification der Gläubiger nur noch folgendes zum Beschluß. 1) Es trifft sich häufig, daß ein Gläubiger nicht nur mehrere Forderungen aus verschiedenen Gründen an dem Schuldner hat, sondern auch bisweilen nur eine Forderung aus ein, und eben demselben Grunde, die demohnerachtet in verschiedenen Classen abgeholfen werden muß, z. B. das Arztlohn u. d. m. Hier muß allemahl von dem Richter die gehörige Absonderung deshalb getroffen werden, damit jede Forderung in der ihr gebührenden Classe ihren Platz erhalten kann. 2) Wenn der Schuldner einem Gläubiger, der mehrere Forderung an ihm hat, vor dem Ausbruch des Concurses etwas bezahlt haben sollte, ohne zu bestimmen, auf welche Forderung die Bezahlung geschehen sey, so kann der Gläubiger nicht auf die schlechteste Forderung das bezahlte Geld abrechnen, sondern hier tritt die Vermuthung, welche im *L.* 5. *pr. D. de solution.* und *L.* 8. *eod.* gegründet ist, ein, und muß von dem Concurs-Richter darnach dem Gläubiger wegen seiner Forderungen in der Locations-Sentenz sein Platz angewiesen werden.

12) Vergleiche Wilh. August Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 152. und folg.

Erste Classe,

welche die absolut privilegirten Gläubiger enthält.

I. Diejenigen, welche Leichenkosten zu fordern haben, die aus des Schuldners Vermögen bezahlt werden müssen. §. 209.

II. 1) Der Arzt, wegen des Arztlohns der letzten Krankheit des Schuldners. §. 213.

welch

I. D
lar

II. D
S
rer
der

§.

III. D

summarischen Prozesse §. 152. und folg.

Be-

Berichtigungen und Zusätze.

§. 130. not. 78) ist noch hinzuzufügen: Reinhard Sammlung juristischer, philosophischer und kritischer Zusätze. 2. St.

Ebend. not. 80). Quistorps Beyträge zu verschiedenen Rechtsmaterien ꝛc. Nr. X.

Zum §. 151. ist noch zu bemerken, daß auch aus gleichen Gründen beym Concurse den Advocaten das Zurückbehaltungsrecht der Acten, wegen des rückständigen Honorariums, den Arbeitsleuten, wegen des schuldigen Arbeitslohns u. s. f. abgesprochen werden muß. So kann sich auch die Ehefrau des ihr sonst an den Gütern ihres Ehemannes, wegen ihres Brautschatzes zuständigen Retentionsrechts nach dem Ausbruch des Concurses nicht mehr bedienen.

Seite 168. Zeile 5. ist statt Javolanus, Javolenus zu lesen.

§. 209. not. 64. ist noch Westphal vom Pfandrecht §. 147. hinzuzusetzen, welcher ebenfalls das Vorzugsrecht der Leichenkosten nach dem römischen Recht läugnet. Die Worte der *L.* 45. *D. de religios.* „omne creditum erklärt er von bloßen Personal-Gläubigern, und sucht aus *L.* 14. *§.* 1. *eod.* zu beweisen, daß die Leichenkosten nur einigen Hypotheken vorgehen.

Zu §. 218. ist noch Carl Friedr. Walchs D. de pecunia in solutionem tributorum credita *§.* 8. zu bemerken, welcher dem Fiscus nach dem römischen Recht nicht nur ein privilegirtes Pfandrecht wegen der Steuern und Abgaben an dem Vermögen des Schuldners zueignet, sondern auch denselben sogar den Leichenkosten vorgezogen wissen will, weil diesen ein bloßes privilegium exigendi zukomme.

§. 237. Zeile 5. ist statt „einer Sache zu lesen, einer unbeweglichen Sache, und zur Erkaufung, Bewaffnung und Ausbesserung eines Schiffs„, und Zeile 6. nach den Worten „an dieser Sache„ noch hinzuzufügen, „wegen welcher sie creditirt haben„.

§. 244. Zeile 3. und 4. ist das Wort privilegirtes wegzustreichen.

§. 247. not. 38) ist noch zuzusetzen: *August Ferdinand* Hvrlebusch vindiciae doctrinae de privilegio fisci in bonis eorum, quibuscum contra-

traxit, poſt contractum adquiſitis. *Brunſuigae* 1779.

§. 248. not. 40) iſt noch hinzuzufügen „und in ſeiner rechtlichen Beſtärkung der Meinung, daß herrſchaftliche Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer ſtillſchweigenden, doch nicht privilegirten Hypothek verſehen ſind. Halle 1778. *Frid. Theoph.* RAMM de concurſu hypothecae generalis prioris et poſterioris in rebus poſt utramque quaeſitis. *Gieſs.* 1791.

Beym §. 257. hätte noch bemerket werden ſollen: daß bey Beſtimmung der Ordnung der Gläubiger der zweyten Claſſe, und der Befriedigung derſelben auch auf dasjenige Rückſicht genommen werden müſſe, was wegen des Beweiſes des Anfangs der Hypotheken, und des daher entſpringenden Vorzugsrechts in der dritten Claſſe geſagt worden. Bey eben dieſen Paragraphen muß auf der S. 287. Zeile 20. und 21. ſtatt „No. I. und II. laufen einander gleich, und müſſen im Fall der Unzulänglichkeit des ſchuldneriſchen Vermögens pro rata befriediget werden „ — geleſen werden: No. I. und II. laufen einander gleich, unter ihnen aber giebt wegen der wirklichen Befriedigung, die Erſtigkeit der Zeit den Ausſchlag. — §. 257. No. III. muß ſtatt der Worte „als etwas anderen„ geleſen werden „als überhaupt einer unbeweglichen Sache,„ und nach den Worten „Ausbeſſerung einer Sache„ noch hinzugefügt werden „imgleichen zur Erkaufung, Bewaffnung und Ausbeſſerung eines Schiffs.„

Seite 298. Zeile 16. iſt ſtatt denjenigen, diejenigen zu leſen.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dabelow, Christoph Christian von, 1768-1830

Versuch einer ausführlichen systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger

Bd.: 2

Halle 1792

J.rom.m. 147 h-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566587-7
VD18 15480194-001